

EL *DIES A QUO* DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA ACCIÓN POR DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES.  
UNA PROPUESTA NECESARIA RESPECTO DEL ARTÍCULO 2235 DEL CÓDIGO CIVIL  
ECUATORIANO.<sup>1</sup>

THE *DIES A QUO* OF THE STATUTE OF LIMITATION OF TORTS DAMAGE ACTION. A  
NECESSARY PROPOSAL REGARDING OF ARTICLE 2235 OF THE ECUADORIAN CIVIL CODE.

Leonardo Coronel Larrea<sup>2</sup>  
[leonardocoronellarrea@hotmail.com](mailto:leonardocoronellarrea@hotmail.com)  
[lcoronel@estud.usfq.edu.ec](mailto:lcoronel@estud.usfq.edu.ec)

**RESUMEN**

En el Derecho ecuatoriano, el artículo 2235 del Código Civil genera una discusión respecto a la contabilización de la prescripción en la acción de daños extracontractuales. La regla interpretativa entiende que el computo de la prescripción debe ser desde la verificación del hecho ilícito, sin embargo, esta disposición no contempla todos los tipos de daño, específicamente daño oculto y daño continuado. Esto genera que exista un conflicto entre la regla del Derecho de Daños que establece que, todo daño resarcible debe ser indemnizado y la seguridad en las relaciones jurídicas que busca la prescripción. En este sentido, es preciso entender y conocer como han sido concebidos estos tipos de daños en el Derecho comparado y la jurisprudencia. En las que se puede afirmar, que ya existe una solución que determine el inicio de la prescripción en cada caso. De esta forma, se propondrá una solución actual para el computo de la prescripción en el Ecuador.

**ABSTRACT**

*In Ecuadorian Law, article 2235 of the Civil Code generates a discussion regarding the accounting for the statute of limitations in the action for torts. The interpretative rule understands that the calculation of the prescription must be from the verification of the wrongful act, however, this provision does not contemplate all types of damage, specifically hidden damage and continued damage. This generates a conflict between the rule of the Torts Law that all damages must be compensated and the security in the legal relationships that the Statutes of limitation seeks. Therefore, it is necessary to understand and know how these types of damages have been conceived in comparative law and jurisprudence. In which, there is already a solution that determines the beginning of the statute of limitation in each case. To propose a current solution in Ecuador.*

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo Troya.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## PALABRAS CLAVES

## KEYWORDS

Responsabilidad Civil, Derecho de Daños, *Civil liability, Torts law, non-contractual liability, damage, damage action, continued damage, hidden damage, contingent damage, prescription.*

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020  
Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

## SUMARIO

**1. LA RESPUESTA APARENTEMENTE CLARA DEL ART. 2235 DEL CÓDIGO CIVIL: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR DAÑOS EXTRACONTRACTUALES.- 2. EL DAÑO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.- 2.1. EL DAÑO COMO CONDICIÓN INEXORABLE Y OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.- 2.2. LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE DAÑO. 2.3. ELEMENTOS DEL DAÑO RESARCIBLE.- 3. LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO SEGÚN SU CONSUMACIÓN EN EL TIEMPO.- 3.1. EL DAÑO CONTINUADO O DE PRODUCCIÓN SUCESIVA.- 3.2. EL DAÑO OCULTO, TARDÍO O SOBREVENIDO.- 3.3. EL DAÑO CONTINGENTE.- 4. LA PRESCRIPCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS.- 4.1. FUNDAMENTO Y PROPÓSITO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA.- 4.2. EL COMIENZO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO COMPARADO.- 4.3. LA PRESCRIPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO: HACÍA UNA PROPUESTA ACTUAL DEL ARTÍCULO 2235 CÓDIGO CIVIL.- 5. CONCLUSIONES.**

### **1. La respuesta aparentemente clara del Art. 2235 del Código Civil: La prescripción de la acción por daños extracontractuales.**

El Código Civil ecuatoriano (en adelante Código Civil) prescribe una solución aparentemente clara para la contabilización del tiempo de la prescripción de la acción por daños extracontractuales. El artículo 2235 sostiene que: “[l]as acciones (...) por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”<sup>3</sup>. No cabe duda, que la intención de Don Andrés Bello era determinar el *dies a quo*<sup>4</sup> de la prescripción desde la verificación del hecho ilícito en los daños de su época. Asimismo, es indudable el grado de perfeccionamiento del código de Bello, pues como lo explica Claro Solar, “por la belleza de su lenguaje, por la precisión y claridad de sus disposiciones, por la selección de los principios que

---

<sup>3</sup> Artículo 2235, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

<sup>4</sup> Diccionario del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española, “*dies a quo*”. Versión en línea <https://dej.rae.es/lema/dies-a-quo> (consultado el 31 de marzo de 2020) (explicando el término latino que significa “día inicial del cómputo de”).

convenían a nuestra sociabilidad en las diversas materias, por la armonía y correspondencia de sus partes, pocos Códigos modernos se le asemejan y podemos afirmar que ninguno le supera”<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de esto, en palabras de Moisset de Espanés, “[e]l campo de la responsabilidad civil tiene tal riqueza de contenido (...) que, pese a los numerosos estudios que se le dedican, continúa[a] generando nuevas cuestiones, o exigiendo a la doctrina el esfuerzo de considerar aspectos que antes no había sido necesario analizar”<sup>6</sup>. En este sentido, a pesar de que actualmente la norma aún puede surtir efectos, no es una regla que se pueda aplicar para todos los casos. En un daño instantáneo o consumado tras el hecho que lo causó, no habría problema, ya que la prescripción iniciaría desde el cometimiento del hecho ilícito. No obstante, existen daños que no se pueden apreciar inmediatamente después del hecho dañoso, lo que provoca que la víctima no conozca que sufrió un daño o que lo siga sufriendo.

En estos escenarios, la aplicación de la misma regla devendría en una vulneración del derecho de la víctima a ser indemnizada a causa de la institución de la prescripción. Esto debido a la forma en la que estos daños se manifiestan, lo cual traería como consecuencia una violación al principio general de indemnización frente a todo daño<sup>7</sup>. Precepto que encuentra asidero en el artículo 2214 del Código Civil, que establece que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización [...]”<sup>8</sup>. En síntesis, la víctima se encontraría sin protección, efecto totalmente contrario al propósito del Derecho de Daños.

Este es el caso, por ejemplo, de un procedimiento quirúrgico que tuvo lugar en el 2015 en el que uno de los doctores olvida una gasa dentro de su paciente. Por el contrario, la manifestación de la afectación se da en el 2020, la aplicación de la regla haría que la acción se encuentre prescrita a partir del año 2019. La misma situación ocurre, con una afectación que inicia diez años atrás y se prolonga durante cinco años, si se contabiliza la prescripción desde el hecho ilícito, en el año 2015 la acción por daños estaría prescrita. Se puede afirmar que esta solución no es la correcta en ninguno de estos casos, por eso es necesario buscar una respuesta que evite esa aplicación injusta y fuera de los objetivos de la prescripción. Porque “[l]as normas

---

<sup>5</sup> Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978), 21.

<sup>6</sup> Luis Moisset de Espanés, “La reparación de los daños continuados o permanentes”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (1990), 1.

<sup>7</sup> Ver, Rene Abeliuk, *Las Obligaciones*, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 170.

<sup>8</sup> Artículo 2214, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

de los códigos son pulmones que le permiten al código respirar, abrirse, adecuarse a la realidad que trata de regular”<sup>9</sup>.

En el sistema jurídico ecuatoriano, no existe una solución establecida, por lo que, a través de la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comparado se buscará esclarecer esta problemática mediante de una correcta propuesta del artículo 2235 del Código Civil. Con este objetivo en mente, este trabajo se encargará de analizar la importancia del daño como un presupuesto de responsabilidad civil [*Infra* § 2]. Esto llevará a verificar las distintas clases de daño según su consumación en el tiempo. [*Infra* § 3]. Y finalmente, hablar de la prescripción y su íntima relación con las distintas tipologías de daño [*Infra* § 4].

## **2. El Daño como presupuesto de Responsabilidad Civil Extracontractual.**

Se ha establecido como idea fundamental que existen cuatro elementos materiales para que pueda existir responsabilidad civil<sup>10</sup>. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia manifestó que estos son: “a) [Q]ue el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) [Q]ue haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) [Q]ue exista daño patrimonial o moral; y, d) [Q]ue medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño”<sup>11</sup>. Esta sección se enfocará en el elemento del daño y su importancia, toda vez que el análisis conduce a una delimitación de las clases de daños y la forma de correlacionarse con la prescripción [*Infra* § 4]. Por lo tanto, se realizará una descripción de este elemento como una condición y un objeto del Derecho de Daños [2.1]. Asimismo, se delimitará la definición del daño como elemento de responsabilidad civil [2.2]; y, finalmente, se detallarán los elementos necesarios para que este pueda configurarse [2.3].

### **2.1. El Daño como condición inexorable y objeto de la responsabilidad civil.**

La consciencia básica de “la obligación de reparar el daño causado en la persona o bienes de otro es tan antigua como el hombre mismo”<sup>12</sup>. Sin embargo, esta idea ha ido cambiando según la época en la que se la analiza. El punto de partida que se conoce es la etapa de la venganza, reflejada en el Código de Hammurabi y su Ley del Talión<sup>13</sup>. Como dice Ihering, “la injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del actor, sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él

---

<sup>9</sup> Francesco D. Busnelli, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale* (Napoli: Ed. Guida, 1984) 50 (traducción no oficial).

<sup>10</sup> Ver, Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 105 - 217.

<sup>11</sup> Viñán c. Colegio de Médicos de Imbabura, Causa N° 43 - 2002. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 02 de abril del 2003, G.J. Año CIV Serie XVII. No. 12, pág. 3734.

<sup>12</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 189.

<sup>13</sup> *Id.*

siente dolor, y el dolor lo empuja a la venganza”<sup>14</sup>. Este concepto fue reemplazado por un sistema reglado de reparación, no obstante, la esencia sigue intacta. El principal objetivo es buscar como solventar el daño causado, con lo cual se demuestra su relevancia en la responsabilidad civil.

Por esta razón, cabe destacar a este elemento como un presupuesto indispensable en la responsabilidad aquiliana. Como sostiene Alessandri, no basta la acción u omisión ilícita con culpa o dolo, sino que es necesario el resultado dañoso<sup>15</sup>. Porque en este supuesto el resarcimiento solicitado sería denegado al no verificarse el presupuesto material del daño. Se puede afirmar que el daño es el fundamento, así como el *prius* de la responsabilidad civil extracontractual<sup>16</sup>. Por lo tanto, metafóricamente, se dice que en la génesis de la responsabilidad civil está el daño<sup>17</sup>.

Por ejemplo, si una persona que se encuentra en estado de ebriedad conduce su vehículo en contra vía al tránsito permitido, no existirá responsabilidad civil hasta que se verifique la existencia de un daño, sea reflejado en un choque automovilístico, la afectación de la propiedad privada, las lesiones de los pasajeros o las afectaciones a un bien de uso público. Esta ilustración, no solo permite aclarar que, a pesar de existir una acción ilícita culposa, no existe responsabilidad civil si no existe un daño.

También permite dejar claro que la responsabilidad penal es totalmente distinta a la responsabilidad civil<sup>18</sup>, puesto que si bien este hecho está sujeto al juicio de valor en el ámbito penal y las leyes de tránsito que se hayan vulnerado, es claro que la pena que se imponga no será por el ilícito culposo civil, sino por la tipificación correspondiente del Código Orgánico Integral Penal<sup>19</sup>. Criterio similar manifestó la Corte Suprema de Justicia en el caso Elva Cedeño viuda de Álava c. Constructora Santos cuando afirmó que la responsabilidad derivada de un

---

<sup>14</sup> Rudolf von Ihering, *Études complémentaires de l'esprit de droit romain* (París: De la Faute en droit privé, 1880), 10 (traducción no oficial).

<sup>15</sup> Ver, Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 151 - 153.

<sup>16</sup> Ver, Miguel De Lorenzo, *El daño injusto en la responsabilidad civil, Alterum Non Laedere* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996), 12.

<sup>17</sup> Ver, Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 215 - 216.

<sup>18</sup> Ver, Leonardo Coronel & Anabela Chiriboga, “La excepción a la cosa juzgada en materia penal cuando se trata de indemnizaciones civiles”, *USFQ Law Review Volumen VI* (2019) 36 - 40 (explicando la confusión entre la responsabilidad penal y civil en el antiguo Derecho ecuatoriano por el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal derogado).

<sup>19</sup> Ver, Artículos 385 y 390 numeral 3, Código Orgánico Integral Penal. R.O. Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 04 de diciembre de 2019.

delito o cuasidelito genera una acción que es: “autónoma, independiente de otra acción [...] penal”<sup>20</sup>.

El principal objetivo del Derecho de Daños es la función indemnizatoria que trae consigo, que siempre estará encaminada a buscar que todos los daños sean reparados<sup>21</sup>. Esto va de la mano con lo que Barros Bourie determina como “el objeto del juicio de responsabilidad”<sup>22</sup>. En estricto sentido, esta finalidad es la reparación del daño que se busca conseguir en el juicio de responsabilidad civil por los perjuicios sufridos.

En definitiva, queda claro que, el daño es connatural al ser humano, por ende, siempre se ha buscado la forma de repararlo. Asimismo, se conoce que el daño es una condición inexorable para la existencia de responsabilidad civil. Además, de ser la pretensión dentro del juicio de responsabilidad extracontractual. Básicamente, este elemento es el inicio y fin del Derecho de Daños.

## **2.2. La definición jurídica de Daño**

Durante los últimos años, la concepción de daño ha ido evolucionando. En un principio, existía la distinción entre el daño y el perjuicio donde el primero era una referencia directa a la consecuencia de las cosas por un hecho ilícito, mientras que el segundo estaba enfocado a aquella afectación que sufría la persona por el detrimento de la cosa. Esta diferenciación era una aplicación evidente de la *Lex Aquilia*<sup>23</sup>. De la misma manera, existen otras concepciones que entienden al término daño como un sinónimo de daño emergente, mientras que el perjuicio sería una referencia al lucro cesante, ambos, tipos de daño patrimonial<sup>24</sup>. En la actualidad no existe una distinción, ya que se los puede considerar como sinónimos. Inclusive, el Código Civil en varios artículos utiliza los términos indistintamente<sup>25</sup>.

Si se afirma que el daño, perjuicio o afectación es connatural al ser humano, es menester determinar cuándo un daño puede ser resarcible. Para ello se recurre al uso del Derecho, la jurisprudencia ecuatoriana ha sido enfática en afirmar que “el daño fáctico es distinto al daño

---

<sup>20</sup> Cedeño viuda de Álava c. Constructora Santos, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de enero de 1983 publicada en G.J. LXXXIII, Serie XIV, 2, Pág. 399.

<sup>21</sup> Ver, Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen III (Madrid: Civitas, 2005), 28.

<sup>22</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 216.

<sup>23</sup> Henri Mazeaud, León Mazeaud & André Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Cuasidelictual*, Quinta edición (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961), 292 - 295.

<sup>24</sup> Comité Delfina Torres viuda de Concha c. Petroecuador, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2002, publicada en la G.J. XVII 10, 301.

<sup>25</sup> Ver, Artículo 145, 1502 y 1950, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019 (explicando la utilización de los términos daño y perjuicio como sinónimos).

jurídico”<sup>26</sup>. Entonces, será indemnizable todo daño jurídico, es decir aquel daño que le importa al ordenamiento<sup>27</sup>. Sin perjuicio de esto, han existido varias posturas que explican cuándo se habla de un daño juridizado. Por ejemplo, hay quienes sostienen que el daño tiene que recaer sobre un derecho real o patrimonial únicamente para que sea resarcible (concepción restrictiva)<sup>28</sup>.

Por el contrario, existe una tesis que fundamenta que el menoscabo debe recaer solo sobre un interés que la persona percibía o iba a percibir, siendo este suficiente para que pueda entenderse como un daño jurídico<sup>29</sup>. Según De Cupis, el concepto de interés deriva del concepto de bien, siendo todo lo que pueda satisfacer una necesidad humana<sup>30</sup>. Actualmente, se puede afirmar que la concepción de daño genera un espectro sumamente amplio<sup>31</sup>. De esta manera, “daño no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la lesión de un interés protegido y se agota en esto”<sup>32</sup>. Básicamente, que exista una desmejora en una situación que la víctima tenía previo a la afectación.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE), define al daño como: el “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”<sup>33</sup>. Esta definición es mayormente acogida por la doctrina cuando se enfoca en la definición del elemento daño. No obstante, el principal punto de debate es el ámbito en el que puede existir un detrimento o menoscabo. Anteriormente se explicó que la concepción actual del daño se sujeta a una definición amplia, por lo que no solo se habla de afectación al patrimonio de las personas, sino una esfera más allá que carece de una determinación pecuniaria<sup>34</sup>. En este sentido Juan Carlos Enao afirma que “[e]l daño es un hecho: es toda forma de afrenta a la integridad de una cosa, una persona,

---

<sup>26</sup> Comité Delfina Torres viuda de Concha c. Petroecuador, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2002, publicada en la G.J. XVII 10, 301.

<sup>27</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 137 – 138.

<sup>28</sup> Ver, Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II (Bogotá: Legis Editores, 2007), 310 - 315.

<sup>29</sup> Ver, Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 153 - 156.

<sup>30</sup> Ver, Adriano De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducido por Ángel Martínez (Barcelona: Editorial Bosch), 111.

<sup>31</sup> Hernán Escudero, “La vigencia del principio *alterum non laedere* y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil” (trabajo de titulación de abogado, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 2019), 4 - 7.

<sup>32</sup> Guido Alpa, *Nuevo tratado de responsabilidad civil*, trad. Leysser León (Lima: Editores Ara, 2006), 773.

<sup>33</sup> Diccionario de la Real Academia Española, “daño”, Versión en línea <https://dle.rae.es/da%C3%B1ar?m=form> (consultado el 31 de marzo de 2020).

<sup>34</sup> Celia Weingarten, *Responsabilidad por prestaciones odontológicas* (Buenos Aires: Astrea, 2005), 157.

de una actividad, o de una situación”<sup>35</sup>. Definición que estaría acorde al Código Civil ecuatoriano, toda vez que en su articulado admite la indemnización por daños extrapatrimoniales<sup>36</sup>. Por lo tanto, se puede acoger la definición de Tamayo Jaramillo, cuando sostiene que “el daño es todo menoscabo que sufre una persona a un derecho subjetivo o aptitud de disfrute a un bien que puede ser patrimonial o extrapatrimonial”<sup>37</sup>.

Una vez establecida una definición de daño, hay que precisar sus límites, esto involucra diferenciar aquellas turbaciones que pueden ser soportadas por las personas por el hecho de vivir en sociedad, frente a los daños jurídicos que serán susceptible de reparación<sup>38</sup>. En este sentido, daño jurídico indemnizable será aquel que cumpla con los elementos que se desarrollarán a continuación.

### **2.3. Elementos del Daño resarcible**

Cuando este elemento entra en juego, lo más importante es la característica de daño indemnizable o resarcible<sup>39</sup>. Para Bustamante Alsina deben converger cuatro elementos para que el daño pueda ser resarcible, estos son que: “[el] daño debe ser cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar a un interés legítimo del damnificado”<sup>40</sup>. Específicamente, la característica de daño personal del reclamante no se puede considerar como un requisito ontológico del daño resarcible, esta discusión sería un problema procesal de legitimación en la causa<sup>41</sup>. De esta manera, se necesita el cumplimiento de tres elementos para que exista daño indemnizable.

El primer requisito es la *certidumbre del daño*. En palabras de Alessandri “el daño debe ser cierto, es decir, real, efectivo, tanto que, a no mediar él, la víctima se habría hallado en mejor situación”<sup>42</sup>. Se puede afirmar que considerar algo como verdadero o real implicará indudablemente su certidumbre, y es trabajo del juez llegar a esa conclusión<sup>43</sup>. Esto implica

---

<sup>35</sup> Juan Carlos Henao, *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 76.

<sup>36</sup> Ver, Artículo 2232, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

<sup>37</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II (Bogotá: Legis Editores, 2007) 326 - 334.

<sup>38</sup> Ver, Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 219 - 222.

<sup>39</sup> Ver, Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 269 – 271.

<sup>40</sup> Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 170.

<sup>41</sup> Ver, Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 273 – 275.

<sup>42</sup> Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 156.

<sup>43</sup> Ver, Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 270 – 273.

que el daño haya sucedido o sea probable que ocurra, evitando así caer en un supuesto hipotético<sup>44</sup>. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia manifiesta que: “[l]a premisa básica consiste en la reparación del daño causado, solo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica”<sup>45</sup>, precepto que además de confirmar el requisito establece el deber de resarcir únicamente en el valor dañado para evitar el enriquecimiento sin causa.

El segundo requisito es que el *daño afecte a un interés legítimo o lícito de la víctima*. Este elemento tiene una relación estrecha con la evolución de los bienes jurídicamente tutelados explicados anteriormente [*Supra 2.2*]. En estricto sentido, el daño ya no protegería únicamente a los derechos reales y personales de las personas, sino intereses de manera general. Una vez determinado el campo en el que debe existir la afectación, es preciso determinar su legitimidad o licitud. Tamayo Jaramillo sostiene que se hablara de afectación legítima o lícita a cualquier menoscabo que sufra una persona en contra de un interés o bien tutelado que no se encuentre prohibido por la ley<sup>46</sup>. En conclusión, este elemento se verificará cuando exista una afectación a un derecho o interés de la víctima que este amparado en el ordenamiento, y que, no esté prohibido por la ley.

El tercer requisito es la *subsistencia del daño*. Este elemento busca que la afectación subsista al momento de su reclamo, básicamente que no haya sido indemnizado con anterioridad<sup>47</sup>. Al respecto, los Mazeaud afirman que es “una perogrullada”<sup>48</sup>, toda vez que si ha sido resarcido la obligación ha sido cumplida y por ende extinguida. No obstante, pueden existir hipótesis en las que esta exigencia deba verificarse. Por ejemplo, en el caso en el que el daño haya ocurrido efectivamente, pero al momento del reclamo la situación dañosa haya parado, en este caso la subsistencia se manifestará por la falta de reparación<sup>49</sup>. Asimismo, se puede hablar de un daño aparentemente resarcido, pero no en su totalidad; situación que expondrá la subsistencia de dicho menoscabo y cumplimiento de este requisito.

---

<sup>44</sup> Eduardo Zanoni, *El daño en la responsabilidad civil*, tercera edición (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005), 233 - 236.

<sup>45</sup> Caso N° 17042-3103-001-2005-00103-01, Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, 9 de septiembre de 2010.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> Eduardo Zanoni, *El daño en la responsabilidad civil*, tercera edición (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005), 43 - 46.

<sup>48</sup> Henri Mazeaud, Léon Mazeaud & André Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Cuasidelictual*, Quinta edición (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961), 385.

<sup>49</sup> Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 169 -174.

Se desprende de esta sección que, el elemento material del daño es sumamente importante dentro de la responsabilidad civil, al ser una condición inexorable y el objeto pretendido en la responsabilidad aquiliana [*Supra* § 2.1]. Asimismo, se ha llegado a la conclusión que el daño jurídico es aquel que el ordenamiento propende su reparación y se lo puede definir como toda afectación, menoscabo o detrimento que puede sufrir la persona tanto en sus bienes como en su persona, siempre y cuando se hable de intereses o bienes jurídicamente tutelados [*Supra* § 2.2]. Finalmente, se estableció que los límites a esta definición amplia de daño son los requisitos a fines que ha establecido la doctrina en tres categorías, que el daño sea: (i) cierto; (ii) que la afectación recaiga en un interés legítimo o lícito; y, (iii) que el daño sea subsistente al momento de su reclamación [*Supra* § 2.3]. Con esta premisa, es importante ahondar en los posibles daños según su manifestación, categorías que influirán en el análisis del artículo 2235 del Código Civil.

### **3. La clasificación del daño según su consumación en el tiempo.**

En el Derecho ecuatoriano, esta clasificación del daño no ha sido profundizada. Esto conlleva el uso de fuentes externas para delimitar y establecer ciertas diferencias que resultan importantes para el objeto de este trabajo. El análisis de esta categoría de daños siempre va dirigida a responder temas del *quantum* indemnizatorio o el *a dies a quo* de la prescripción<sup>50</sup>. Por lo tanto, se establecerá los diferentes tipos de daño según su tiempo de consumación o duración en el tiempo<sup>51</sup>.

Esta clasificación deja claro que el daño puede presentarse de distinta forma. En primer lugar, se explicará la categoría simple y sin inconvenientes. El daño que se manifiesta en su totalidad tras el hecho que lo causó, es denominado como daño consumado o instantáneo. Este tipo de daños se “materializa instantáneamente, y su dimensión queda fijada definitivamente”<sup>52</sup>. Por ejemplo, cuando se habla de un choque automovilístico en el que se destruye un objeto no fructífero, los daños sufridos pueden determinarse con bastante precisión.

Una vez explicada la categoría de daño consumado, se analizará el daño continuado o sucesivo y su distinción con el daño permanente, criterios que pueden causar confusión por la prolongación del hecho generador y la afectación en el tiempo [3.1]; de la misma manera se

---

<sup>50</sup> Claudia Armada, “La Talidomida: desde la perspectiva del daño continuado, permanente y tardío” (trabajo final de grado, Universidad de Girona Facultad de Derecho, 2015), 29.

<sup>51</sup> Encarna Roca & Mónica Navarro, *Derecho de Daños, Textos y materiales*, séptima edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 207.

<sup>52</sup> Luis Moisset de Espanés, “La reparación de los daños continuados o permanentes”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (1990), 1 - 5.

explicará la clasificación del daño oculto, tardío o sobrevenido [3.2]; y, para finalizar, se estudiará del daño contingente y sus características [3.3].

### **3.1. El Daño continuado o de producción sucesiva**

En esta categoría de daños, la característica fundamental que se puede observar es la prolongación de la afectación o menoscabo en el tiempo. Esto llevaría a inferir que un perjuicio que se prolongue en el tiempo tiene la denominación de continuado, aunque, esto no es así. Para Moisset de Espanés, existen dos tipos de daños continuados, aquellos que involucran hechos generadores continuados y hechos generadores instantáneos<sup>53</sup>. Sin embargo, se discrepa de esta concepción, ya que es preciso distinguir entre los daños que efectivamente son continuados y aquellos a los que se denomina permanentes o duraderos<sup>54</sup>. No obstante, su diferencia estructural puede evidenciarse después de un análisis del hecho generador y el efecto dañoso.

Por un lado, existe la categoría de daño duradero o permanente. Este tipo de menoscabo “se define como el provocado por un acto aislado, que extiende sus efectos en el tiempo”<sup>55</sup>. A partir de esta definición, se puede aplicar el análisis de hecho generador y efecto dañoso. Se observa que el hecho se produce en un momento determinado, y el efecto dañoso es el que persiste a lo largo del tiempo. Por lo tanto, el acto generador del daño se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Con anterioridad, se explicó la figura del daño instantáneo o consumado, y se sostiene que el daño duradero o permanente es una forma en la que el daño consumado se puede expresar.

Por ejemplo, cuando una persona como consecuencia de un hecho antijurídico queda parapléjica o pierde una extremidad se deduce que es un daño instantáneo permanente. Porque el hecho generador se produjo en un momento determinado, sin perjuicio que la afectación se prolongue indefinida o permanentemente en el tiempo. Esta precisión ha sido acogida por el Tribunal Supremo de España, que incluso afirma que, existe “la posibilidad, (...) de agravarse [los daños] por factores ya ajenos a la acción u omisión del demandado”<sup>56</sup>.

Por otro lado, existe la categoría del daño efectivamente continuado o de producción sucesiva, afectación que se caracteriza por la presencia de un hecho generador dañoso que se prolonga en el tiempo, calificándose como continuado gracias al modo en que se generan los

---

<sup>53</sup> *Id.*, 5 - 10.

<sup>54</sup> *Ver*, Causa N° 1580/2014, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 04 de julio de 2016, pág. 4.

<sup>55</sup> Santiago Cavanillas, “Artículo 1968”, en *Comentarios al Código Civil Tomo IX*, Dir. Rodrigo Bercovitz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 13323.

<sup>56</sup> Causa N° 28/2014, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 29 de enero de 2014 (RJ 2014/796).

daños<sup>57</sup>. La Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar de la Plata, en el caso ‘Tomietto y otros c. Salvador’, sostuvo que: “[e]l daño es continuado cuando la causa generadora y removable actúa en forma constante, sin interrupciones, renovando permanentemente el perjuicio a los intereses de la víctima”<sup>58</sup>. Si tomamos en cuenta el análisis hecho generador y efecto dañoso, se entiende porque puede ser catalogado como continuado, debido a que “[s]on aquellos en los que la causa que origina el daño se mantiene ininterrumpidamente [hecho generador]; y por lo tanto sigue generando daños [efecto dañoso]”<sup>59</sup>. Básicamente, son aquellos daños que renuevan su causa de manera continua. Para Reglero Campos, la inexistencia de paralización en la causa dañosa es sumamente importante, dado que “es necesario que el perjudicado los esté efectivamente sufriendo, pues no puede considerarse que hay actividad dañosa continuada cuando aun prolongándose en el tiempo, el que resultaba perjudicado por ella dejó de serlo en un momento determinado”<sup>60</sup>.

De manera ilustrativa, un daño continuado ocurre en el caso en el que una persona esté sometida a tratos denigrantes contra su voluntad y su alimentación consista en lo necesario para que no muera por dos años. Al terminar este tiempo, esta persona sufrirá grandes daños en su sistema digestivo. Se puede observar claramente que la causa dañosa se prolongaba conforme la persona se encontraba bajo los tratos denigrantes. En síntesis, lo que importa en un daño continuado es que el hecho generador se renueve constantemente y sin interrupciones.

En el Ecuador, la jurisprudencia es escasa, por lo que no ha existido análisis de la figura. A pesar de que, han existido argumentos alineados a esta categoría de daño. En el caso Correa c. Banco Pichincha, la Corte Nacional de Justicia, sin afirmar ni analizar la figura del daño continuado, de manera enfática afirmó que:

[E]n las obligaciones que nacen de actos o hechos sucesivos o periódicos, la prescripción se cuenta siguiendo la regla general, pero tomando como referencia cada acto. El acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionaba a la Central de Riesgos (énfasis añadido).<sup>61</sup>

El entendimiento de la Corte Nacional de Justicia respecto a este tipo de actos fue el correcto. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo español, mencionando que:

---

<sup>57</sup> Manuel Marín López, “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción”, en *La Prescripción Extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), 5 – 7.

<sup>58</sup> Tomietto y otros c. Salvador, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, 9 de abril de 2019.

<sup>59</sup> Causa N° 1255/2008, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2007, pág.12.

<sup>60</sup> Luis Reglero Campos, “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coord. Luis Reglero Campos (Cizu Menor: Thomson Aranzadi, 2008), 1249.

<sup>61</sup> Correa c. Banco Pichincha, Caso N° 946 – 2009 – SR, Corte Nacional de Justicia, Sala del Civil y Mercantil, 13 de septiembre de 2012, publicado en el R.O. Edición Especial N° 330, Año IV.

Los daños producidos por la inclusión indebida de datos personales en un fichero de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados. Como hemos declarado en sentencias anteriores, la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persiste durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros.<sup>62</sup>

Otro ejemplo de la jurisprudencia ecuatoriana en el que se evidencia un daño continuado es el caso Sotomayor c. la Corporación Financiera Nacional y otro. En este caso, por una deuda adquirida por la CFN en el año 1998, se siguió un proceso coactivo al actor en el año 2003 y como medida cautelar se ordenó el embargo de la ‘Hacienda la Ruidosa’ que se dedicaba a la producción, cosecha y venta de fruta. De los autos, se conoce que el actor llegó a un acuerdo con la CFN para el pago de la obligación en el mismo año, y a pesar de esto se negaron a entregar el inmueble, aprovechando la producción hasta el año 2008. El actor alegó que, inclusive, la propiedad fue destruida por el mal manejo del equipamiento y la tierra, generando que se convierta en un lote baldío.

En este caso, se demuestra que la retención indebida, igual que el mal manejo durante el tiempo del bien genera un daño continuado. La Corte Provincial del Guayas, ratificó la sentencia de primer nivel señalando que los “hechos que originan las acciones incoadas [por estos daños] no han cesado y más bien continúan vigentes”<sup>63</sup>. Entonces, se puede afirmar que en el Ecuador si han existido casos de daño continuado.

En síntesis, se ha dejado claro que la categoría de daño permanente o duradero no es igual a la del daño continuado. El primero de ellos es un daño consumado o instantáneo únicamente con efectos dañosos prolongados en el tiempo, mientras que el segundo involucra un hecho generador y un efecto dañoso continuo o sucesivo. Se ha establecido que en un daño continuado es importante que no exista una interrupción de la causa en el tiempo, porque siempre debe existir el daño día a día. Finalmente, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano si ha conocido casos de daño continuado, a pesar de no haber delimitado y analizado esta categoría de daño.

### **3.2. El Daño oculto, tardío o sobrevenido**

En la clasificación de daños según su consumación en el tiempo, cada categoría tiene su propia realidad, por ello, existen características y dificultades propias del daño oculto o tardío. Algunos sostienen que este tipo de daños son “aquellos que, guardando relación de causa a efecto, con el evento dañoso primitivo, se manifiestan con posterioridad” a su resolución y sin

---

<sup>62</sup> Causa N° 2509/2011, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 29 de enero de 2014, pág. 4.

<sup>63</sup> Sotomayor c. La CFN, Causa N° 2010 - 0374, Corte Provincial del Guayas, Sala de lo Civil y Mercantil, 07 de noviembre del 2011, pág. 7.

tomarlos en cuenta<sup>64</sup>. Sin embargo, esta concepción es bastante restringida, dado que pueden existir dos formas en las que se exteriorizan este tipo de daños<sup>65</sup>. Estos son, aquellos que se manifiestan después de transcurrido un cierto tiempo desde el acaecimiento del evento dañoso<sup>66</sup> y los que aparecen con posterioridad a la manifestación de un efecto dañoso primigenio<sup>67</sup>.

Este criterio ha sido acogido por el Tribunal Supremo español en el caso Raul c. Zurich S.A. en el que el tribunal afirmó que este tipo de daños abarca nuevas afectaciones que aparecen con posterioridad a la producción de una manifestación inicial, en los que no importa si ha sido indemnizada o transada la afectación primaria, con lo cual la cosa juzgada no afectaría a la manifestación de daños posteriores, al ser considerados como ocultos o diferidos<sup>68</sup>.

En el Ecuador el análisis de estas categorías es precario, pero, han existido casos en los que se evidencian al menos indicios de que ha habido daños ocultos o tardíos. El caso Correa Burbano c. Conclina<sup>69</sup> es uno de ellos. Este caso versó sobre una supuesta negligencia dentro del Hospital Metropolitano de Quito el día del nacimiento de una niña en 1978. Acorde a los hechos relatados en la demanda, en el año 2001, el padre obtuvo la nacionalidad americana, y para que sus hijos accedan a ella, la embajada ordenó exámenes de ADN. La prueba realizada en su hija salió negativa. Tras la sorpresa, la madre decide realizarse el mismo examen con un resultado igual. Por lo tanto, los padres deducen que su hija fue intercambiada con otra nacida viva en la institución hospitalaria 23 años atrás y deciden demandar una indemnización de daño moral por las afectaciones que esto les generó.

Lamentablemente, el Juzgado Quinto de lo Civil, que podría haber realizado un análisis del daño y su manifestación en el tiempo, no entró a analizar el fondo de la disputa, y, sin perjuicio del resultado final, perdió la oportunidad de actualizar criterios jurisprudenciales y de instituciones como la prescripción. En su lugar, esta institución sirvió como fundamento para negar el reclamo, toda vez que aceptó la excepción de prescripción de la acción de la demandada, al considerar que: “[t]anto de la demanda cuanto de las pruebas presentadas por la parte actora se desprende que el hecho que da inicio al presente enjuiciamiento sucedió el 6 de mayo de 1.987, es decir hace más de cuatro años”<sup>70</sup>. Es evidente que este caso versó sobre una

---

<sup>64</sup> Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual*, (Madrid: Reus, 1993) 183.

<sup>65</sup> Pablo Torralba, “Daños Permanentes, Continuados y Sobrevenidos” (trabajo final de grado, Universidad Pública de Navarra Facultad de Ciencias Jurídicas, 2014), 11 – 13.

<sup>66</sup> Luis Reglero Campos, “La prescripción de la acción de reclamación de daños”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coord. Luis Reglero Campos (Cizu Menor: Thomson Aranzadi, 2008), 1283 - 1285.

<sup>67</sup> Santiago Cavanillas, “Artículo 1968”, en *Comentarios al Código Civil Tomo IX*, Dir. Rodrigo Bercovitz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 13327 – 13331.

<sup>68</sup> Causa N° 4331/200, Tribunal Supremo de España, Sala Civil Sección, 23 de noviembre de 2007, pág. 2 - 4.

<sup>69</sup> Correa Burbano c. Conclina C.A., Caso N° 2002 - 0078, Juzgado Quinto de lo Civil, 17 de diciembre de 2004.

<sup>70</sup> *Id.*

afectación que se evidencia varios años después del hecho generador, por eso categóricamente se afirma que se trató de un daño oculto.

En el mismo sentido, se puede hablar del caso Enríquez c. Lasso<sup>71</sup>, proceso que versó sobre un error médico. El 14 de julio del 2001, nació un bebé, que fue identificado por el Departamento de Neonatología, con sexo ‘indeterminado’, un supuesto caso de pseudohermafroditismo. Por esta razón, de manera provisional, se le asignó el sexo masculino sobre la base de un ecosonograma. Para esclarecer definitivamente el sexo del recién nacido, se ordenó un examen de cariotipo cromosómico. El encargado de interpretar este examen fue el Dr. Lasso, recomendado por su experiencia en casos similares. La demandante sostuvo que el doctor leyó los resultados del examen de cariotipo, interpretando que el ‘Cariotipo Normal 46XX’ correspondía al sexo masculino. Por lo tanto, se le practicaron 3 cirugías al recién nacido, en el año 2001, 2004 y 2009, para así determinar su sexo como masculino. El problema radica cuando el niño entra en la adolescencia, y en el año 2014, le brotan senos con una aureola de mujer desarrollada y experimenta un ciclo menstrual por su pene. La parte actora alegó que el demandado interpretó de manera incorrecta el examen de cariotipo 14 años atrás, generando como consecuencia que el sexo determinado para el recién nacido sea incorrecto, e inicia un reclamo por daño moral.

El análisis que se encuentra en este caso es mucho más avanzado al anterior. En primera instancia el juez rechazó la demanda por haber operado la prescripción. Por el contrario, en apelación, la Corte Provincial de Pichincha determina que:

En esta clase de casos (daño moral), no se puede considerar para efectos de prescripción tiempos matemáticos fríos, como se lo ha hecho, al considerar la fecha de la última operación y contrastarlo con la fecha de la citación (20 de enero del 2015), para desde ahí argumentar una prescripción, pues la doctrina nos enseña que en estos casos debe contabilizarse a partir de la fecha en que estos efectos se evidencian como tales.<sup>72</sup>

Sin duda alguna una referencia a la figura de daños ocultos o tardíos, en los que lo importante es la fecha en la que manifiestan sus efectos.

La decisión fue revisada por la Corte Nacional de Justicia, pero, esta no fue casada. El problema radica en que la Corte confunde los daños ocultos con los daños continuados cuando afirma que:

Este tribunal de casación considera pertinente establecer que, *en casos concretos como el presente, en el que, en secuencia de tiempos y acontecimientos se produce un daño continuado*, el plazo de prescripción establecido en el artículo 2235 del Código Civil debe contarse desde que se produjo el último de los hechos dañosos, plasmado en la manifestación material de los efectos

---

<sup>71</sup> Enríquez c. Lasso, Caso N° 2014 – 990, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de noviembre 2019.

<sup>72</sup> Enríquez c. Lasso, Caso N° 2014 – 990, Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Civil y Mercantil, 06 de junio de 2018.

de todos los diagnósticos e intervenciones médicas en la víctima y la repercusión de aquellos en su vida, efectos exteriorizados, en este caso, en agosto del año 2014 (énfasis añadido).<sup>73</sup>

Esta interpretación genera confusión, toda vez que los hechos del caso Enríquez c. Lasso indicaban una hipótesis de daño oculto o tardío. En virtud de esta confusión, es preciso diferenciar los daños ocultos de los daños continuados, sobre la base de los hechos antes mencionados. Por un lado, en el razonamiento expuesto por la Corte Provincial de Pichincha, se considera la afectación se manifiesta tiempo después del hecho generador, básicamente los efectos dañosos se verificarán con posterioridad a la interpretación de examen de cariotipo cromosómico y las operaciones realizadas en el menor.

Por otro lado, la postura de la Corte Nacional de Justicia es que la acción u omisión que genera la afectación se prolonga en el tiempo, es decir la causa del daño renovaría sus efectos constantemente hasta manifestarse en el año 2014. No obstante, este criterio no tiene asidero alguno, puesto que en el caso no se evidencia una renovación periódica de la causa del daño, en estricto sentido el hecho generador del daño ocurrió varios años en el pasado y su manifestación se dio con posterioridad a este.

De esta manera, se ha dejado claro que el daño oculto, tardío o sobrevenido es aquel que evidencia una afectación después del hecho ilícito. Se entiende que existen dos formas en las que este puede manifestarse, la primera es tras una leve manifestación primigenia, y la segunda sin que verse afectación previa. Asimismo, se afirma que esta figura ha sido reconocida y acogida en el derecho comparado. Finalmente, se puede sostener que en el Ecuador sí han existido casos de daño oculto en el que las cortes han desperdiciado la oportunidad de ahondar en esta figura o la han entendido equivocadamente.

### **3.3. El Daño contingente**

Si bien esta figura es tan antigua como el código mismo, se ha decidido darle importancia dentro de esta clasificación por sus características peculiares. Se puede afirmar que el daño contingente se inspira en el adagio “más vale prevenir que lamentar”, en vista de que lo que busca es evitar y cautelar los infortunios antes que resarcirlos. Por esto, de forma apropiada, Corral Talciani ha denominado a esta categoría como un sistema de responsabilidad preventiva, que busca anticiparse a la ocurrencia de un menoscabo<sup>74</sup>.

Por lo antes mencionado, se entiende que en estricto sentido no se habla de un daño, debido a que no se ha materializado una afectación. Al respecto, la RAE define a la palabra

---

<sup>73</sup> Enríquez c. Lasso, Caso N° 2014 – 990, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 13 de noviembre 2019.

<sup>74</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 355 – 360.

‘contingente’ como “algo que puede o no suceder”<sup>75</sup>. Entonces, se deduce que se habla de situaciones en las que existe un riesgo o amenaza de que un daño real se produzca. Sin embargo, esto no implica su certeza<sup>76</sup>. Lo que hace pensar si en realidad esta figura debe ser estudiada sustantivamente por el Derecho de Daños.

A partir de la lectura del artículo 2236 del Código Civil, el elemento más importante de este tipo de daño es la exigencia de una amenaza inminente con justo temor de sufrirlo<sup>77</sup>. Con esta premisa, parece ser que los requisitos que prevé la norma son parecidos, por no decir idénticos a los de la justicia cautelar, que busca “prevenir los daños [...] que puedan derivarse de una situación anormal”, mediante un proceso autónomo<sup>78</sup>. Estos requisitos son: *fumus bonus iuris* y *periculum in mora*. El primero de ellos se traduce como la apariencia de buen derecho, y es un “presupuesto esencial y suficiente” según ciertos autores<sup>79</sup>. En el caso planteado, este se evidenciaría por contravenir a ese deber general de responsabilidad y cuidado que propende la máxima *naeminem laedere*. Específicamente, se lo verificaría con la amenaza del daño. Respecto al segundo, el peligro por el retardo busca su fundamento en las características de urgencia, necesidad y alcance de la situación que se busca prever<sup>80</sup>. Este requisito se verificaría por la inminencia del daño y su alcance, en el que será mejor evitar una situación dañosa, que repararla.

Con esto en mente, el estudio de la prescripción pierde interés dado que si en este tipo de daños, uno de los requisitos es la inminencia y justo temor de sufrir un daño, no tiene sentido hablar de cuánto tiempo se tiene y desde cuándo comienza su computo para reclamar. Se cree que esta es la razón por la que el legislador no especificó una solución determinada para esta figura peculiar. En el Ecuador, “[l]a jurisprudencia nacional no muestra evidentemente referencia alguna a la acción por daño contingente, por lo que se puede afirmar su ninguna, o muy escasa aplicación práctica”<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Diccionario de la Real Academia Española, “contingente”. Versión en línea <https://dle.rae.es/contingente?m=form> (consultado el 31 de marzo de 2020).

<sup>76</sup> Ver, Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 159 – 160.

<sup>77</sup> “Art. 2236.- Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. Código Civil, R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

<sup>78</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Segunda edición (Bogotá: Editorial Temis, 2017), 147 y 181.

<sup>79</sup> Carmen Chinchilla, “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”, *Revista de Administración Pública N° 131* (1993), 172.

<sup>80</sup> Piero Calandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Traducción de S. Santis, (Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1945), 41-42.

<sup>81</sup> Aguinda y otros c. Chevron Corporation, Causa N° 2011 – 0106, Corte Provincial de Sucumbíos, Sala Única, 09 de enero de 2012, pág. 6.

#### **4. La prescripción y su relación con el de Derecho de Daños.**

En el Derecho las instituciones se relacionan, y una vez estudiado el elemento daño y sus distintas categorías de consumación en el tiempo, resulta conveniente analizar el comienzo de la prescripción en estos tipos de daños. A partir de esta descripción, se expondrá el fundamento y los requisitos necesarios de la prescripción [4.1]. Asimismo, se profundizará en las soluciones planteadas en el Derecho comparado a estas distintas clases de daños [4.2]. Finalmente, se procederá a observar a la prescripción en el ordenamiento ecuatoriano, en el que se podrá notar que no existe un mecanismo actual para contabilizar su *dies a quo*, por consiguiente, es necesario el planteamiento de una solución al respecto [4.3].

##### **4.1. Fundamento y propósito de la prescripción extintiva o liberatoria.**

La prescripción aparece en el Código Civil con una doble dimensión, una positiva que permite adquirir las cosas que se han poseído por un determinado tiempo (*usucapión*); y una negativa por la cual se pueden extinguir acciones y derechos como consecuencia de la falta de ejercicio del titular<sup>82</sup>. Esta sección se enfocará en la dimensión negativa de esta institución. Esta se refleja en el primer inciso del artículo 2392 del Código Civil que afirma que: “[p]rescripción es un modo (...) de extinguir las acciones y derechos ajenos (...) por no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo y concurriendo todos los demás requisitos legales”<sup>83</sup>.

Para la doctrina, la prescripción es una institución de orden social que “constituye un medio de liberación, por el cual la obligación civil se transforma en natural, luego de cumplirse los plazos fijados por la ley<sup>84</sup>. En consecuencia, la extinción afecta únicamente a la acción, más no al derecho<sup>85</sup>. Con este orden de ideas, es preciso indicar cuál es el objetivo de una acción. Se puede sostener que, “todo derecho que al individuo se le reconoce u otorga, se encamina a la satisfacción de una necesidad suya”<sup>86</sup> y la acción busca el mismo propósito en el ámbito judicial<sup>87</sup>. Por lo tanto, si la acción no es ejercida se entenderá que el derecho no es de interés y perderá su razón de ser.

---

<sup>82</sup> Luis Parraguez, *El Régimen Jurídico de los Bienes*, (Quito: Ediciones IURIS DICTIO Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito, 2016), 357 - 359.

<sup>83</sup> Artículo 2392, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

<sup>84</sup> Luis Moisset de Espanés, *Interrupción de la Prescripción por Demanda* (Córdoba: Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1968), 1.

<sup>85</sup> Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II Obligaciones, Novena Edición (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008), 3-4.

<sup>86</sup> Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, Quinta Edición (Bogotá: Editorial Temis, 2018), 466.

<sup>87</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Segunda edición (Bogotá: Editorial Temis, 2017), 153 - 165.

Este efecto extintivo se fundamenta en dos enfoques. El primero como una sanción a la inactividad prolongada por no exigir lo que por derecho corresponde, es decir un castigo a la negligencia del acreedor; mientras que el segundo es la seguridad jurídica que genera el no dilatar la incertidumbre del deudor y la sociedad<sup>88</sup>. Para Planiol y Ripert estas consecuencias buscan respetar la equidad<sup>89</sup>. Por lo tanto, en el ámbito de la acción por daños extracontractuales, la prescripción se aplica cuando la víctima, de manera negligente, no impulsa un proceso para ser reparada. Como efecto, el ordenamiento sanciona su inactividad, negando la posibilidad de reclamar por la afectación generada.

Los requisitos para que opere la prescripción son: (i) la inacción del acreedor; y, (ii) el transcurso del tiempo<sup>90</sup>. Como se mencionó con anterioridad, el primer elemento se configura con el desinterés o con la existencia de negligencia del acreedor frente a la prestación debida. Al respecto, hay que tener en cuenta la etapa que Ospina Fernández denomina como ‘inactividad forzada del acreedor’, haciendo alusión a obligaciones sujetas a plazo o condición suspensiva en las que no corre la prescripción<sup>91</sup>. La razón es, porque las obligaciones, en ambos casos, no son ejecutables ni exigibles<sup>92</sup>.

Esta situación es importante porque también puede ocurrir en la acción de daños. En estricto sentido, se puede tener como ejemplo los daños continuados y los daños ocultos, en los que el acreedor se ve imposibilitado de iniciar su acción, sea porque desconoce la afectación o porque sigue produciendo sus efectos. Para este tipo de casos, la solución que se ha optado viene de la máxima romana ‘*contra non valentem agere praescriptio non currit*’, que significa que la prescripción no corre contra quien está imposibilitado para actuar<sup>93</sup>. Criterio acogido por quienes sostienen que la prescripción corre “desde el día en que el acreedor hubiera podido demandar a su deudor”<sup>94</sup>. Sin perjuicio de esto, la máxima romana es uno de los fundamentos de este trabajo, toda vez que el artículo 2235 del Código Civil no la contempla, ya que este propende una interpretación limitada que en ciertos casos no se puede aplicar.

---

<sup>88</sup> Luis Parraguez, *Anexo de apuntes de Código Civil, libro cuarto; Teoría General de las Obligaciones* (Loja: Universidad Técnica Partículas de Loja, 2000), 172.

<sup>89</sup> Marcel Planiol & Georges Ripert, *Las Obligaciones Civiles* (Bogotá: Editorial Leyer, 2005), 265.

<sup>90</sup> Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II Obligaciones, Novena Edición (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008), 3-4.

<sup>91</sup> Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, Quinta Edición (Bogotá: Editorial Temis, 2018), 468 - 469.

<sup>92</sup> Luis Parraguez, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano Libro Cuarto Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000), 168 – 170.

<sup>93</sup> Ambrosio Colin & Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil francais*, Tomo I (Paris: Librairie Dalloz, 1939), 350.

<sup>94</sup> Robert Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Tercera edición (Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, 2008), 229.

El segundo requisito afirma que no solo basta la inacción del acreedor, sino se busca presumir que el derecho ha sido abandonado o que la prestación ha sido pagada<sup>95</sup>. Con esta finalidad, la ley es la que se encarga de señalar el tiempo que debe transcurrir para que se pueda presumir el desinterés o la negligencia del acreedor<sup>96</sup>. Esto guiado por el precepto de que el accionar del tiempo todo lo destruye<sup>97</sup>. En el caso que compete, el artículo 2235 del Código Civil es claro al establecer los ‘cuatro años’ como el tiempo necesario para que prescriba la acción desde que sucedió el hecho, bajo el entendido de que en ese momento es cuando el agraviado toma conocimiento y puede reclamarlo. Sin embargo, en casos de daño oculto y continuado no es así.

En síntesis, se ha dejado claro que la prescripción tiene mucha relevancia en el mundo del Derecho de Daños. Esta institución busca extinguir las acciones de los derechos que no han sido ejercidas, sea por negligencia o por desinterés del deudor en el transcurso del tiempo. Asimismo, tiene como fundamentos la seguridad jurídica del deudor y de la sociedad, así como, la sanción a la inactividad del acreedor. Con esto en mente, en la responsabilidad extracontractual debe evidenciarse una inactividad por cuatro años para que opere la prescripción, sin dejar de lado que si el deudor se encuentra imposibilitado de actuar no puede correr en su contra el tiempo establecido por la ley.

#### **4.2. El comienzo del plazo de prescripción de la acción de daños en el Derecho comparado.**

En el Derecho comparado, existen distintos mecanismos para contabilizar el tiempo de prescripción en la acción por daños. En este sentido, se examinará elementos normativos alejados de la tradición jurídica del código de Bello, como el Derecho español, junto con ordenamientos con una tradición jurídica común a la ecuatoriana, como el Derecho chileno y colombiano; sumando elementos recogidos del *common law* estadounidense. Por consiguiente, se encontrará un abanico de posibilidades respecto del inicio de la prescripción de la acción por daños que pueden servir de guía para la solución aplicable en el Derecho ecuatoriano.

En la legislación española, existen dos formas en las que se ha determinado el *dies a quo* de la prescripción en la responsabilidad extracontractual. La primera que se evidencia es la regla general contenida en el artículo 1968 numeral 2 del Código Civil español. Este artículo

---

<sup>95</sup> Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, Quinta Edición (Bogotá: Editorial Temis, 2018), 469.

<sup>96</sup> Luis Moisset de Espanés, “Prescripción”, *Colegio de Escribanos de Córdoba Revista Notarial Nro. 54* (1987), 3.

<sup>97</sup> Arturo Alessandri, *Derecho Civil Parte Preliminar y Parte general*, Tomo II (Santiago: Editorial Ediar, 1991), 145 - 148.

establece que se comenzará el conteo de la prescripción “desde que lo supo el agraviado”<sup>98</sup>. Esta solución se puede aplicar tanto para daños consumados (se incluyen daños permanentes), como para daños ocultos o sobrevenidos. Esta regla es desarrollada bajo el Derecho español por considerar que cualquier otra vulneraría la seguridad jurídica que busca la prescripción si se aplica otro método para el computo del tiempo<sup>99</sup>.

La segunda forma deviene de la jurisprudencia española, que ha entendido que por la forma en la que se manifiestan los daños, no existe una solución única. Por ejemplo, cuando se habla de daños continuados se ha determinado que el comienzo de la prescripción corre desde el momento en que se produce el resultado definitivo de la afectación<sup>100</sup>. Esta solución está encaminada a conocer el monto total de la indemnización, es decir cuando sea improbable la continuación, el agravamiento o la aparición de nuevos daños<sup>101</sup>.

Cuando se habla de Derecho chileno, al utilizar el mismo código civil con ciertas variaciones, existe una conexión mucho más cercana que la antes mencionada. El artículo de la prescripción de la acción por daños del Código Civil chileno (en adelante CCch) tiene el mismo texto que el artículo 2235 del Código Civil. Por lo tanto, el computo de la prescripción se cuenta “desde la perpetración del acto”<sup>102</sup>. Luis Ferrada, tras realizar un estudio de las normas y la jurisprudencia del ordenamiento chileno para encontrar el verdadero sentido del artículo respecto a su *dies a quo*, ha llegado a la conclusión que el artículo 2232 del CCch es sumamente claro y no acepta más interpretaciones que aquellas que cuenten el plazo de prescripción a partir del hecho ilícito<sup>103</sup>. Esta concepción es evidentemente conservadora de los alcances del artículo estudiado, porque a partir de esta concepción el código no necesitaría una modificación<sup>104</sup>.

Sin embargo, han existido fallos que se alejan de esta regla estricta, cuando la hipótesis cambia, y no es tan fácil de resolver. Corral Talciani, menciona la problemática de los daños que tienen una prolongación en el tiempo y su dificultad de encontrar el inicio de la

---

<sup>98</sup> Artículo 1968 numeral 2, Código Civil español. BOE-A-1889-4763, de 25 de julio de 1889.

<sup>99</sup> Claudia Armadà, “La Talidomida: desde la perspectiva del daño continuado, permanente y tardío” (trabajo final de grado, Universidad de Girona Facultad de Derecho, 2015), 51 - 55.

<sup>100</sup> Causa N° 1580/2014, Tribunal Supremo de España, Sala Civil, 28 de octubre de 2009, pág. 3 - 4.

<sup>101</sup> Causa N° 170/2005, Tribunal Supremo de España, Sala Civil, 28 de octubre de 2009, pág. 2 - 4.

<sup>102</sup> Artículo 2232, Ley N° 18525 [CCch], Diario Oficial de la Nación, de 30 de junio de 1986.

<sup>103</sup> Luis Ferrada, “La *interpretatio per aliam legem* como regla para definir el sentido del artículo 2232 del código civil, sobre prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* 2 (2012), 35 - 60.

<sup>104</sup> Ver, Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 377.

prescripción<sup>105</sup>. Asimismo, cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que afirma que en caso de daños con una serie encadenada de acciones la prescripción se cuenta “desde que termina el periodo de ejecución”<sup>106</sup>. Respecto de daños ocultos, el criterio de la Corte Suprema de Chile es restringido y aplica el criterio fundacional del artículo 2332 CCCh, entendiendo que “la prescripción extintiva se inicia en la fecha exacta en que se consumó el hecho generador del daño, no antes ni después”<sup>107</sup>.

La tradición jurídica del Derecho colombiano también acogió el código de Bello, a pesar de esto, el texto del artículo de prescripción es sumamente distinto al del Código Civil<sup>108</sup>. No obstante, está guiado por el mandato de contar la prescripción ‘desde la perpetración del acto’. Distinto al caso chileno, el ordenamiento colombiano optó por la creación de la Ley 472 de 1998 que en su artículo 47 adhirió un mecanismo más para el computo de la prescripción por daños. Estos son: la fecha en que (i) se causó el daño; y, (ii) cesó la acción vulnerable causante del mismo<sup>109</sup>. Al respecto la Sala de Casación de la Corte Suprema de Colombia ha definido para qué tipos de daños aplica cada una de estas reglas. Cuando la afectación es oculta o es continuada se computará la prescripción a partir de la fecha en que se causó el daño, que se ha de entender en perjuicios ocultos a partir de la fecha en que se manifiesta y en continuados desde su cabal configuración, básicamente un daño ‘efectivamente producido o consolidado’; mientras que en perjuicios inmediatos se computará el tiempo desde la fecha de acción causante<sup>110</sup> (desde el cometimiento del hecho ilícito).

Finalmente, en el *common law* estadounidense, el enfoque estricto no es una solución correcta. Esto lo ha entendido el Derecho anglosajón desde inicios del siglo XX<sup>111</sup>. La institución, que en el Derecho continental se conoce como prescripción, en el *common law* son los *statutes of limitation*, institución que también se aplica en las acciones por ilícitos civiles (*torts*)<sup>112</sup>. En el *Torts Law* (Derecho de Daños del Derecho común), la regla general para computar la prescripción es la fórmula ‘*when the cause of action arises*’, es decir cuando surge

---

<sup>105</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 355 – 360.

<sup>106</sup> Ver, RDJ, t. LXXVIII, sec. 5ta, Corte Suprema de Chile, 06 de noviembre de 1981, pág. 29 (citado por Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 350).

<sup>107</sup> Erices c. Fisco de Chile, Corte Suprema de Chile, Tercera Sala de Casación, 19 de abril de 2018, 12.

<sup>108</sup> Artículo 2358, Ley N° 57 de 1887, Diario Oficial No. 2.867, 26 de mayo de 1873.

<sup>109</sup> Artículo 47, Ley N° 472 de 1998, Diario Oficial No. 43.357, 6 de agosto de 1998

<sup>110</sup> Caso N° SC016-2018, Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Civil, 24 de enero de 2018, pág. 16 - 20.

<sup>111</sup> Fernando Peña López, “El dies a quo y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2011), 13 - 14.

<sup>112</sup> Michael Green, “The Paradox of Statutes of Limitations in Toxic Substances Litigation”, *California Law Review* Vol. 76 N° 6 (1988), 5–6.

la causa de la acción<sup>113</sup>. Esta hace referencia a la forma de cómputo desde la verificación del acto causante del daño. Sin duda, la regla funcionó de manera correcta hasta que se evidenciaron casos de daño oculto por negligencia médica o exposición a sustancias tóxicas<sup>114</sup>. En 1949, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Urie v. Thompson*, estableció una excepción al *Statute of limitation* de la Ley Federal de responsabilidad de los empleadores mediante una *discovery rule*, que se caracteriza por evitar el inicio de la prescripción hasta que la víctima del daño lo descubra (*discover*)<sup>115</sup>. El fundamento fue que el *statute of limitation* no cumplía con el objetivo de resolver conflictos que atenten a la seguridad jurídica, y que en su lugar era un obstáculo injustificado para el ejercicio de las acciones de las víctimas por hechos ilícitos<sup>116</sup>.

En conclusión, puede verse que existen varias soluciones acogidas bajo el derecho comparado respecto a la forma de computar el inicio de la prescripción en la acción por daños. Estas soluciones van de la mano con el principio transversal de la responsabilidad extracontractual, que es resarcir todo los daños causados. Con esto en mente, es preciso proponer una solución acorde a los distintos tipos de daños según su consumación, para que el artículo 2235 del Código Civil pueda contener una solución actual y acorde a la evolución del Derecho de Daños.

#### **4.3. La prescripción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: hacía una propuesta actual del artículo 2235 del Código Civil.**

Como es conocido, el ordenamiento jurídico ecuatoriano acogió el código de Bello como suyo. En 1855, la Corte Suprema de Justicia, encargada de la redacción de un código propio declinó la misión afirmando que: “sus doctrinas y aun su estilo [del CCch] podrían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de circunstancias y el bien de la claridad hicieran necesarias”<sup>117</sup>. La creación de Bello tuvo como antecesoras tres bocetos en los que el articulado y su estructura varió notablemente.

---

<sup>113</sup> Adam Bain & Ugo Colella, “The United States Supreme Court and Federal Law: Interpreting Federal Statutes of Limitations”, *Creighton Law Review Vol. 37* (2004), 7.

<sup>114</sup> Fernando Peña López, “El dies a quo y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho 4* (2011), 13 - 14.

<sup>115</sup> *Urie v. Thompson* (337 US 163), Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Excepción a la *Statute of Limitation*, 31 de mayo de 1947.

<sup>116</sup> Ritu Narula, “Wait, I Didn’t Even Know My Picture Was Taken!: Application of the Discovery Rule to a Right of Publicity Claim”, *Howard Law Journal Vol. 53* (2010), 8 - 10.

<sup>117</sup> Ivan Jaksic, “La cultura y el problema del orden en la América Andina 1830 - 1880: la labor de Andrés Bello”, en *Historia de América Andina*, edit. Juan Manguashca (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Libresa, 2003), 209.

El texto del año 1841-1845 fue una recopilación de normas creadas hasta la fecha con cierta adaptación de lenguaje sencillo, en este proyecto no existía norma referente a la prescripción de la acción por daños<sup>118</sup>. Respecto del segundo proyecto de 1847, se trata de conservar la tradición jurídica española<sup>119</sup>, y se agrega un artículo específico en la sección de responsabilidad extracontractual en el que se contará el tiempo de prescripción “desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo”<sup>120</sup>. Si bien el proyecto de 1853 se aleja del modelo español y se inspira en el código francés<sup>121</sup>, no existe una variación del texto en el artículo mencionado anteriormente<sup>122</sup>.

El gran cambio aparece con la expedición del Código inédito de Bello en 1857. En su artículo 2332 cambia la idea del conocimiento de la víctima, ya que la prescripción se computará ‘desde la perpetración del acto’. Si bien el código de Bello era bastante adelantado a su tiempo, respecto a esta disposición no podía contemplar más supuestos que los que la época requería. Limitando su aplicación a casos de daño instantáneo.

Cabe recordar que el régimen de Responsabilidad Civil en el Ecuador sigue los lineamientos de las *Siete Partidas* de España y la *Lex Aquilia* del Derecho romano en las que Bello se inspiró<sup>123</sup>. Además del contenido de la Ley No. 171 reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales<sup>124</sup>. Por lo tanto, se puede afirmar que, el legislador siempre procuró que todo daño se indemnice, guiado por el precepto contenido en el artículo 2214 del Código Civil, por el que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”<sup>125</sup>. Es evidente que, el objetivo del Título de Delitos y Cuasidelitos del Código Civil es compensar cuando exista un daño que la víctima no está obligada a soportar.

A partir de esta explicación, lo más recomendable es cambiar la concepción que actualmente recoge el artículo 2235 del Código Civil, gracias a la falta de su aplicación en

---

<sup>118</sup> Andrés Bello, “Proyecto de Código Civil 1841 - 1845”, en *Obras Completas de Don Andrés Bello*, Volumen XI, impr. Pedro Ramírez (Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1887).

<sup>119</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 217 - 219.

<sup>120</sup> Andrés Bello, “Artículo 2496 - Proyecto de Código Civil 1847”, en *Obras Completas de Don Andrés Bello*, Volumen XI, impr. Pedro Ramírez (Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1887), 579.

<sup>121</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 217 - 219.

<sup>122</sup> Andrés Bello, “Artículo 2496 - Proyecto de Código Civil 1853”, en *Obras Completas de Don Andrés Bello*, Volumen XI, impr. Pedro Ramírez (Santiago: Consejo de Instrucción Pública, 1887), 591.

<sup>123</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 217 - 219.

<sup>124</sup> Ley 171 [Reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales], R.O. 779, 4 de julio de 1984.

<sup>125</sup> Artículo 2214, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

casos más elaborados donde el menoscabo puede manifestarse de distinta manera al daño inmediato o consumado. Asimismo, ha quedado claro que, una variación a la regla no atenta a los fundamentos de la prescripción, debido a que la seguridad jurídica y justicia que busca esta institución se refleja en la existencia de un tiempo de prescripción, mas no en su forma de cómputo<sup>126</sup>. Fundamento de esto es lo que se observa en el Derecho comparado, donde existe mecanismos diversos de solución para cada caso.

En un principio la regla del artículo 2235 del Código Civil fue aplicada de manera estricta, sin lugar a otras interpretaciones que contar el tiempo de prescripción desde el hecho ilícito. Esto se demuestra en el caso Correa Burbano c. Conclina, donde se afirmó que de los actos de proposición “se desprende que el hecho que da inicio al presente enjuiciamiento sucedió el 6 de mayo de 1.987, es decir hace más de cuatro años”<sup>127</sup>. De esta manera, se aceptó la prescripción, sin realizar un análisis en el que pueda evidenciar que se trataba de un daño oculto o tardío, ya que el resultado hubiese sido distinto. Por consiguiente, es necesaria otra interpretación del sentido de la ley, para armonizarla con los principios que la rigen tanto la responsabilidad extracontractual como la prescripción, utilizando los elementos contemplados en el artículo 18 del Código Civil.

El primer paso es buscar cual es el espíritu del artículo 2235 del Código Civil. El contenido de la norma regula la prescripción de las acciones por daños y busca establecer seguridad jurídica en las situaciones en las que el acreedor negligente o desinteresado no ha ejercido la acción de daños. Para ello el precepto normativo dispone el tiempo de cuatro años que se los contará a partir de la perpetración del acto. No cabe duda de que, el espíritu del artículo es la seguridad jurídica. Esto conduce al segundo paso, que es la interpretación literal de la norma mediante su sentido natural y obvio. Según la RAE, el término ‘perpetrar’ se define como: “[c]ometer, consumir un delito o culpa grave”<sup>128</sup>. Sale a la luz que esté termino, no solo involucra la realización del hecho ilícito, sino implicaría la consumación de sus efectos. Con esta premisa, en un daño oculto los daños se consuman cuando la víctima conoce de ellos.

Asimismo, debe tomarse en cuenta la interpretación lógica de la norma. El artículo *in comento* se encuentra ubicado en el Título de los Delitos y Cuasidelitos, en el que se encuentra el régimen de responsabilidad extracontractual. En este sentido, su aplicación debe ir de la

---

<sup>126</sup> Luis Moisset de Espanés, “Prescripción”, *Colegio de Escribanos de Córdoba Revista Notarial Nro. 54* (1987), 3.

<sup>127</sup> Correa Burbano c. Conclina C.A., Caso N° 2002 - 0078, Juzgado Quinto de lo Civil, 17 de diciembre de 2004.

<sup>128</sup> Diccionario de la Real Academia Española, “perpetrar”, Versión en línea <https://dle.rae.es/perpetrar?m=form> (consultado el 31 de marzo de 2020).

mano con la finalidad de la responsabilidad aquiliana. Como se ha expuesto con anterioridad, el objetivo es reparar todo daño que no debe ser soportado por la víctima.

En el mismo sentido, debe tomarse en cuenta el segundo inciso del artículo 2414 del Código Civil, que manifiesta que la prescripción se cuenta desde el momento en que la obligación haya sido exigible<sup>129</sup>. En el presente caso, la obligación no sería exigible si se cuenta desde el cometimiento del hecho ilícito, toda vez que “sin daño no hay responsabilidad y sin responsabilidad no hay acción resarcitoria”<sup>130</sup>. Finalmente, el método sistemático de interpretación indica que debe existir armonía entre las normas del ordenamiento jurídico. Cabe destacar que la Constitución del Ecuador, en su artículo 86 numeral 3, reconoce la reparación integral del daño como un principio de aplicación a todo proceso jurisdiccional<sup>131</sup>. Este principio busca dejar a la víctima en la situación en la que estuviera sin la ocurrencia del daño.

En conclusión, el artículo 2235 del Código Civil busca establecer seguridad jurídica mediante la prescripción de la acción por daños extracontractuales, que se computará desde que la obligación es exigible. Asimismo, esta institución y su fundamento irá de la mano con la finalidad de la responsabilidad extracontractual que es reparar todo daño que la víctima no esté obligada a soportar en la que se procurará su reparación integral dejándola en la situación en la que estuviera si no hubiese existido la afectación.

Así en casos de daño oculto la frase ‘desde la perpetración del acto’, no involucrará comenzar la contabilización del tiempo desde el hecho ilícito, porque no se puede sacrificar el derecho de la víctima en aras de una supuesta seguridad. Sobre la base de una interpretación espiritual, literal, lógica y sistemática del artículo 2235, se puede llegar a la conclusión que en daños ocultos o tardíos los términos ‘desde la perpetración del acto’ involucran obligatoriamente el conocimiento de la víctima para el *dies a quo* de la prescripción.

El mismo ejercicio puede realizarse en daños continuados. Por ejemplo, en el caso Sotomayor Auz c. la CFN, se afirmó que en daños continuados no puede aplicarse la regla ‘matemática fría’ del artículo 2235<sup>132</sup>, porque en este tipo de daños “la prescripción debe

---

<sup>129</sup> Artículo 2494, Código Civil. R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

<sup>130</sup> Carlos Echevesti, “Las acciones por daños y perjuicios”, en *Responsabilidad Civil*, dir. Jorge Mosset Iturraspe (Buenos Aires: Hammurabi, 1997), 547.

<sup>131</sup> Artículo 86 numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, R.O. N° 449, de 20 de octubre del 2008, reformado por última vez el 12 de marzo del 2020.

<sup>132</sup> Sotomayor c. La CFN, Causa N° 2010 - 0374, Corte Provincial del Guayas, Sala de lo Civil y Mercantil, 07 de noviembre del 2011.

contarse a partir del último acto de violación repetitiva, continua e ininterrumpida”<sup>133</sup>. En estos casos, es claro que la ‘perpetración del acto’ hace referencia al último hecho y efecto dañoso.

Por todo lo antes expuesto, cabe afirmar que en el daño oculto o tardío se debe contar el tiempo desde el conocimiento de la víctima, mientras que en daño continuado o sucesivo debe iniciar el computo de la prescripción desde el último hecho que genera el daño. Respecto al daño consumado o instantáneo se debe mantener la interpretación fundacional y el *dies a quo* será desde la verificación del hecho ilícito.

Encaminado al mismo fin, en virtud de una claridad y mayor seguridad se plantea una reforma del actual artículo 2235 del Código Civil que contenga todos los aspectos considerados a lo largo de este trabajo. El texto que se propone es el siguiente:

**Art. 2235.** - Las acciones que concede este Título por *culpa* o dolo prescriben en cuatro años, contados desde *que la obligación es exigible*.

*Se entiende que la obligación será exigible:*

- (1) Desde el cometimiento del hecho ilícito en daños que se manifiestan de manera inmediata;
- (2) Desde el último hecho dañoso en daños de producción sucesiva o continuada; y,
- (3) Desde que la víctima tuvo conocimiento en daños que se manifiestan tiempo después del hecho que los generó<sup>134</sup>.

## 5. Conclusiones.

El *dies a quo* de la prescripción en la acción por daño extracontractual es un tema de discusión en el Ecuador, con el objetivo de buscar una respuesta actual para el artículo 2235 del Código Civil. La problemática se nutre del presupuesto material del daño como requisito de responsabilidad civil extracontractual; junto con las distintas categorías de daños según su manifestación en el tiempo, en las que se evidencian el daño continuado y el daño oculto; y, la institución de la prescripción.

Respecto al elemento daño y su importancia, se ha dejado claro que el daño puede ser considerado como una condición inexorable de la responsabilidad civil, y que a su vez es el objeto del juicio de resarcimiento. El daño será relevante cuando es jurídico, esto involucra que el ordenamiento se preocupe que no ocurran estas hipótesis por lo que corresponde una indemnización. En el mismo sentido, se ha establecido el requisito de tres elementos para que pueda hablarse de daño jurídico resarcible. Estos son que el daño sea: (i) cierto; (ii) que la afectación recaiga en un interés legítimo o lícito; y, (iii) que el daño sea subsistente al momento de su reclamación.

---

<sup>133</sup> Edgardo López Herrera, *Tratado de la prescripción liberatoria* (Buenos Aires: Ed. LexisNexis, 2007), 152 - 155.

<sup>134</sup> El énfasis del texto es la reforma que se plantea para el artículo.

De igual forma, se ha demostrado que existe una clasificación de daños según su consumación en el tiempo que no ha sido profundizada en el Ecuador. En esta resaltan, las categorías del daño continuado o sucesivo y el daño oculto o tardío. Dentro del análisis de la primera categoría se enfatizó que un daño duradero o permanente no es sinónimo de continuado o sucesivo, ya que lo único que se prolonga en el tiempo es su efecto dañoso. Así, quedó claro que para que exista daño continuado debe existir una acción u omisión ilícita repetitiva de manera continua y sin interrupciones. A pesar de la falta de un análisis concreto del tema, si se pueden evidenciar vestigios en cierta jurisprudencia como el caso Correa c. Banco del Pichincha en el que se reclama un daño extrapatrimonial o el caso Sotomayor c. la CFN donde se reclama un daño patrimonial.

Respecto a los daños ocultos o tardíos, se estableció dos formas en las que se puede configurar esta tipología. La primera cuando la totalidad del hecho dañoso se evidencia después de la causa que lo originó, y la segunda cuando media entre el hecho generador del daño y el perjuicio, una afectación previa de menor injerencia. Lo importante de esta categoría es conocer que los daños se manifestaran tiempo después del hecho que los originó. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, si han existido indicios de casos con estas características. Se evidencia en los hechos del caso Correa Burbano c. Conclina y el caso Enríquez c. Lasso, ambos con reclamos por daños extrapatrimoniales.

Asimismo, se esclareció el concepto de daño contingente, donde se evidenció que el artículo 2236 del Código Civil hace referencia a una responsabilidad preventiva. Esta no es una categoría de daño en estricto sentido, dado que lo que busca la acción por daño contingente es evitar un daño latente o inminente. El principal requisito para que esta acción prospere es la amenaza de un daño y el justo temor de sufrirlo. Al respecto, esta figura no debería ser estudiada sustancialmente por el Derecho de Daños, toda vez que requiere los mismos requisitos que la justicia cautelar. En este sentido, se evidenció que la apariencia de buen derecho o *fumus bonus iuris* y el peligro por el retardo o *periculum in mora* se cumplen si existe el peligro latente de un daño. Respecto de la prescripción, se dejó claro que no es importante en esta figura, por la urgencia e inmediatez que representa. Entonces, se afirma que las acciones del Título ‘De los delitos y cuasidelitos’ buscan con ella la indemnización de la afectación, mientras que la acción de daño contingente tiene como objetivo el precaver una afectación.

Como último elemento de análisis, se detalló los fundamentos y requisitos para que opere la prescripción extintiva en el Derecho de Daños. Se especificó que, en la responsabilidad extracontractual, la inactividad del afectado debe ser por cuatro años para que opere la prescripción, sin dejar de lado, la máxima romana que manifiesta que, si se encuentra

imposibilitado el acreedor de actuar, no puede correr en su contra el tiempo establecido por la ley, porque esta solución sería injusta y en contra de los propósitos de la prescripción.

Con esto en mente, se revisó las distintas soluciones que el Derecho comparado tiene para contabilizar la prescripción en daños ocultos y daños continuados. Se utilizó normas del derecho español, chileno, colombiano y estadounidense, en los que se demuestra que el Ecuador requiere una solución que otros países ya la han encontrado.

Finalmente, se evidenció que en el Ecuador no es correcto aplicar la interpretación fundacional del artículo 2235 del Código Civil de manera estricta. Cabe recordar que, “[t]razar la evolución general de la responsabilidad civil permite, a la vez, comprender mejor y medir más exactamente la importancia de la misma[, y] recordar cómo se han modificado, en el transcurso de los siglos las ideas fundamentales que dominan el tema”<sup>135</sup>. Lo que trae como consecuencia la necesaria modificación de las reglas preestablecidas para una correcta aplicación de la prescripción. Sobre la base de una interpretación, espiritual, literal, lógica y sistemática, se debe precautelar tanto el fundamento de la prescripción, como el derecho de la víctima a ser resarcida. Para ello, la solución factible es realizar una correcta interpretación de los términos ‘desde la perpetración del acto’. Esta solución dependerá del tipo de daño del que se trate. Para daños continuados o sucesivos se computará desde el último hecho dañoso; para el daño oculto el tiempo correrá desde que la víctima tuvo conocimiento del daño; y, para daños consumados o inmediatos se contará desde la verificación del hecho ilícito. Con esto en mente, en aras de claridad y seguridad, se propone una reforma del artículo 2235, en la que la regla abarque todos los casos sin excepción.

---

<sup>135</sup> Henri Mazeaud, Léon Mazeaud & André Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Cuasidelictual*, Quinta edición (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961), 35.