

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AVALUADOR

**PATRICIA ACOSTA ROJAS
DANIELA BERMÚDEZ BOTERO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2008**

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AVALUADOR

AUTORES:

**PATRICIA ACOSTA ROJAS
DANIELA BERMÚDEZ BOTERO**

Presentado para optar al título de abogadas

DIRECTOR

JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2008**

NOTA DE ADVERTENCIA

(Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.) *“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	16
1. CONCEPTO DE AVALÚO	18
2. CLASES DE AVALÚOS	22
2.1 AVALÚOS PARA EL ESTADO	22
2.2 AVALÚOS PARA PARTICULARES	30
2.3 TIPOS DE AVALÚOS	32
2.3.1 COMERCIAL	32
2.3.2 RENTA	33
2.3.3 REPOSICIÓN	34
2.3.4 RETROACTIVOS	34
2.3.5. AFECTACIONES	35
2.3.6 MEJORAS	35

2.3.7 INTANGIBLES	36
3. MÉTODOS VALUATORIOS	38
3.1 DE RENTA O CAPITALIZACIÓN	38
3.2 MÉTODO COMPARATIVO	39
3.3 MÉTODO DE COSTE	39
3.4 MÉTODO RESIDUAL	40
4. ACTIVIDAD VALUATORIA COMO PROFESIÓN	43
5. PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS LEGITIMADAS PARA REALIZAR AVALÚOS	49
6. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AVALUADOR	54
6.1 SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL	54
6.2 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL	65
6.3 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AVALUADORAS	68
6.4 FORMAS DE OBTENER LA REPARACIÓN	73.

6.5 FORMAS DE EXONERACIÓN	74
7. CONFLICTO DE INTERESES	77
8. CONTENIDO Y ALANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL AVALUADOR	80
9. CONCLUSIONES	82

INTRODUCCIÓN

El acelerado crecimiento de nuestras ciudades, y la necesidad de responder a las exigencias técnicas derivadas de dicho fenómeno, conducen a una inevitable profesionalización de todas aquellas actividades que giran en torno a la urbanización y crecimiento de las mismas, especialmente la práctica valuatoria cuyo estudio pretende ser abordado con esta investigación.

Esta nueva tendencia implica sin embargo, un gran reto, ya que conlleva a la búsqueda de un sistema o conjunto de normas que puedan regular de una manera mas sistemática y consolidada la actividad valuatoria, la cual a pesar de su gran importancia carece de unidad jurídica en cuanto a su regulación, y de existir algunas éstas no son suficientes para reglamentar dicha actividad.

Por otra parte, analizando un campo más restringido, es importante analizar la actividad valuatoria toda vez que de su ejercicio se desprenden ciertos derechos, obligaciones y en general relaciones jurídicas entre los diferentes agentes económicos que participan en el mercado inmobiliario, tales como instituciones gubernamentales, propietarios de bienes inmuebles, compradores, empresas, intermediarios, etc..

Es de esta forma como el mercado inmobiliario constituye el escenario propicio para advertir las diversas fallas respecto de la actividad valuatoria, y de la cual se pretende abordar gran parte de la investigación, con el fin de tratar de llenar o simplemente revelar aquellos vacíos jurídico, técnicos, que existen alrededor del avalúo que se elabora para la actividad inmobiliaria.

Paulatinamente viene siendo mayor el papel que en colaboración con el Estado le ha asignado nuestra legislación a los evaluadores, de manera que hoy estamos no solo ante un gran campo de trabajo, sino ante un reto de gran responsabilidad en la nueva concepción del urbanismo, y la función social y ecológica de la propiedad privada que contempla la actual Constitución Política.

En los diferentes ámbitos de la actividad valuatoria se involucran en todo momento bienes patrimoniales, extrapatrimoniales e intereses relevantes para las personas que esperan obtener un servicio derivado de dicha profesión. De ahí la importancia que reviste cuestionarse por un adecuado, riguroso y completo régimen legal de responsabilidad civil que garantice el resarcimientos de los daños que puedan ser causados como consecuencia de los avalúos que se realicen en los diferentes escenarios de la vida pública y privada.

La importancia que revisten la actividad valuatoria para la vida social general y para los sucesos jurídicos y no jurídicos que giran en torno a ella, justifica a toda luz la necesidad de reglamentar procedimientos, formas, y de manera esencial la responsabilidad derivada de avalúos que vayan en detrimento para las personas y el Estado.

Disciplinas iguales o menos importantes que la valuatoria, cuentan con regímenes claros de responsabilidad para sus ejecutantes, también definen de manera clara y expresa las consecuencias civiles y en muchos casos penales provenientes de errores, malos manejos, inexperiencia, mala preparación, entre otros. Por ello, es indispensable detenerse en éste ámbito y brindarle a estas actividades todas las herramientas que garanticen la seguridad de sus procedimientos, la seriedad de sus agentes y la eficiencia en torno a los procesos valuatorios en los ámbitos que serán objeto de esta investigación.

Por ultimo, esta investigación ayudará a demostrar que con el establecimiento de un régimen serio, claro y completo de responsabilidad civil derivado del trabajo valuatorio, éste dará mayores frutos, pues en la medida en que las personas que desarrollan la profesión tengan claras sus obligaciones, deberes, y la consecuencia de su incumplimiento, desencadenarán mejores resultados mediante su mejor preparación y desenvolvimiento, los cuales se vislumbrarán en un provecho considerable y en una mayor seguridad para todas las personas y para la vida social y económica del país.

1. CONCEPTO DE AVALÚO

Antes de llegar a desarrollar cualquier definición del concepto de avalúo es importante tener en cuenta, de igual forma, uno de los elementos esenciales de éste como es el valor comercial.

Al respecto la ley 388 de 1997 y el decreto 1420 de 1998, en su artículo 2 dispone “se entiende por valor comercial de un inmueble el precio más probable por el cual éste se transaría en un mercado donde el comprador y el vendedor actuarían libremente, con el conocimiento de las condiciones físicas y jurídicas que afectan el bien.”

El valor comercial constituye uno de los elementos fundamentales del avalúo, puesto que uno de los fines u objetivos de la realización de éste es hallar el valor comercial del bien objeto del mismo, con el fin de saber realmente cuál es el valor determinable en una medida objetiva del bien que se quiere avaluar.

Teniendo en cuenta las diversas normatividades que existen al respecto del tema de avalúos, es posible establecer que éste consiste, en el valor comercial resultante de la aplicación de métodos estadísticos e investigativos previamente establecidos por la ley, con el fin que sean adoptados por los avaluadores para garantizar así la objetividad del resultado.

Por otra parte, la doctrina a su vez ha desarrollado de alguna forma el tema en cuestión y ha dispuesto que se entiende por avalúo “el estudio de carácter técnico, artístico o científico, según corresponda, adelantado por personas naturales o jurídicas de reconocida trayectoria e idoneidad, con la finalidad específica, de determinar el valor de un ente económico, de un bien o conjunto de bienes, materiales o inmateriales, de un hecho económico o de una obligación. “¹

Así, podemos concluir que cualquiera que sea su definición o elementos, el avalúo se caracteriza principalmente por seguir de manera estricta parámetros, normas y

¹ SUPERINTENDENCIA DE VALORES. Circular externa número 2 de 1998. Art. 1.

demás lineamientos, con el fin de llegar a un resultado objetivo, el cual se materializa y concreta en la determinación del valor comercial del bien objeto del avalúo.

Por otro lado, existen agremiaciones especiales dedicadas a la actividad valuatoria entre ellas encontramos a las Lonjas de Propiedad Raíz, las cuales desarrollan en su objeto social dicha actividad, además de reunir a los avaluadores que a su vez son designados por esta corporación para la realización de los mismos.

Así, la Lonja a través de sus estudios ha determinado que se entiende por avalúo comercial “El estimativo pericial del valor de un inmueble, que se expresa en dinero, para una compraventa de contado entre dos partes actuando ambas libres de presiones, en un momento determinado”². Definición ésta que se entiende no aplica para todos los casos en que se elabore un avalúo, más sí para el caso de la actividad inmobiliaria, y más específicamente para las transacciones comerciales, la cual es en gran parte objeto de esta investigación.

Una vez establecida la definición de avalúo, hay que diferenciarlo del verbo o acción de avaluar, la cual se traduce en el proceso de una investigación metódica, que tiene por objeto estimar el valor de una cosa específica de un momento determinado.³

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible observar que la estimación del valor comercial es el objetivo fundamental de la actividad valuatoria, entendiendo por éste el concepto otorgado por un perito o un experto sobre el precio que deberá pagarse de contado, el cual se expresa a través de una moneda local, y que goza de plena objetividad, ya que las partes intervinientes no generan ninguna influencia en su estimación.

Al establecerse el valor comercial solo se tiene en cuenta las condiciones económicas del mercado y del inmueble en si mismo, es decir, debe estar libre de presiones del comprador o vendedor, por esto es importante diferenciar el concepto de valor comercial con el precio del bien, toda vez que este ultimo se refiere al valor acordado por las partes para transar un bien inmueble, teniendo en

² LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ. V Simposio Internacional de Avalúos. Avalúos en épocas de crisis. Sep. 24, 1999. Bogotá D.C. p. 146

³ POMBO, Francisco. Lonja de propiedad raíz de Bogotá. Curso básico de avalúos 1.

cuenta, consideraciones como la necesidad que tengan las partes en el negocio, su habilidad o el desconocimiento de las condiciones del mercado.

Realizando un paralelo normativo y teórico, con el derecho comparado, encontramos que en ordenamientos como el mexicano, se define valor como el concepto económico sobre la relación monetaria entre los bienes y servicios disponibles y aquellos que los compran y los venden. Y precio es la cantidad que se pide o se ofrece por un bien o un servicio. Comisión de avalúos de bienes nacionales de México.⁴

Por su parte el International Valuation Standards Committee, dispone que el valor es un concepto de carácter económico referido al precio más probable que los compradores y vendedores concluirán por un bien o servicio que se encuentra en venta. Mientras que el precio será el término que se utiliza o se aplica para la cantidad inicial que se pide.⁵

De lo anterior es posible concluir que el avalúo, en el ámbito del derecho comparado y aterrizado al escenario del mercado inmobiliario, tiene por objeto determinar la variable económica sobre la cual existirá un acuerdo entre comprador o vendedor, para la realización de la transacción. De tal forma que una vez más es posible comprobar la objetividad de la determinación del valor, es decir, que no existe variables exógenas que alteren dicha estimación. Así que más que una diferenciación con nuestro ordenamiento, encontramos una similitud.

Tal y como se expresó previamente la presente investigación se basará en el avalúo inmobiliario, por lo que es importante tener en cuenta lo que nuestro legislador ha dispuesto en materia de bienes. Así, subdividió las cosas corporales en bienes muebles o inmuebles, su diferencia radica en la posibilidad o no de desplazamiento de un lugar a otro sin cambiar su naturaleza, de tal forma que serán bienes muebles, aquellos posibles de transportarse de un lugar a otro, y a contrario sensu encontramos los inmuebles.

De esta manera así como existe esta clasificación para los bienes corporales, también es posible determinar que sobre este tipo de bienes recaen de igual

⁴LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE BOGOTÁ. VIII Simposio Internacional de Avalúos. Valuación para el desarrollo sostenible. 2 Oct. 2002. Bogotá D.C. p. 119.

⁵Ibíd. p. 120

manera los avalúos. Así habrá avalúos que recaen sobre bienes muebles tales como maquinarias o equipos, y avalúos sobre bienes inmuebles que recaen sobre bienes tales como lotes, casas, apartamentos, locales, edificios, bodegas, etc.

De esta manera, los avalúos inmobiliarios, recaerán tal y como su nombre lo indica en bienes inmuebles basándose esta investigación principalmente en este tipo de avalúos.

Cuando una persona realiza una inversión en un bien inmueble, adquiere el derecho de recibir una serie de rendimientos futuros que se espera que produzca el bien durante su vida útil económica. Tales rendimientos definirán la conducta del agente económico que transe con dicho bienes. De tal manera, que el valor comercial del bien entra a jugar un papel fundamental en la toma de dediciones, ya que una vez establecido le permite al comprador del bien determinar el camino a seguir, los cuales serán optar por una nueva construcción del bien , o simplemente adquirir uno ya existente, teniendo en cuenta el resultado final de la comparación en ambas situaciones, la cual solo será posible si se determina de manera objetiva el valor comercial de un bien, a través del avalúo, que en este caso será comercial.

2. CLASES DE AVALÚOS

Teniendo en cuenta la definición de avalúo que se estableció previamente, es necesario determinar las diversas clases que existen en nuestro ordenamiento, las cuales han sido creadas y reglamentadas a través de la evolución legislativa que ha sufrido dicho tema.

Los avalúos son de dos grandes tipos, aquellos que son elaborados para las relaciones entre los particulares y aquellos que son elaborados para fines públicos o para el Estado.

De esta forma se dispondrá a explicar cada uno de ellos:

- 1. Avalúos para el Estado:** En relación con esta clase de avalúos es importante destacar, que el legislador se ha encargado de reglamentar más exhaustivamente, a diferencia de los avalúos que se realizan para las relaciones privadas entre particulares, de tal forma que cada vez más se objetiva dicha actividad, evitando así el conocimiento privativo de las partes y la posibilidad de brindar una mayor seguridad jurídica al momento de arrojar los resultados derivados de la realización del respectivo avalúo.

Con respecto a los avalúos elaborados para el Estado o entes estatales se expidió el Decreto 2150 de 1995, el cual dispone que si el evaluador trabaja para el Estado, o si se va a realizar cualquier tipo de transacción con un inmueble, ya sea compraventa, arrendamiento, etc. donde una de las partes sea el Estado o cualquiera de sus entidades, dicho avalúo deberá registrarse por este decreto, el cual dispone en su artículo 27 lo siguiente:

- “Los avalúos de bienes inmuebles que deban realizar las entidades públicas o que se realicen en actuaciones administrativas, podrán ser adelantados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrada y autorizada por la Lonja de propiedad raíz del lugar donde esté ubicado el bien para adelantar dichos avalúos.

PARÁGRAFO. Si la entidad pública escoge la opción privada, corresponderá a la Lonja determinar, en cada caso, la persona natural o jurídica que adelante el avalúo de bienes inmuebles.”

De esta manera si una entidad estatal requiere realizar un avalúo tiene dos opciones claras; La primera opción se concreta en la posibilidad de solicitar dicho avalúo al IGAC, realizándolo así a través de una persona de carácter público; y la otra opción es tomar la vía del sector privado y solicitar el avalúo a una Lonja o miembro de la misma, el cual deberá estar inscrito en su lista.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-492 de 1996 consideró que el requisito exigido por la ley, es decir, el artículo 27 del decreto 2150 de 1995 no limita de manera alguna la práctica de los peritos evaluadores que no se encuentran afiliados o inscritos a ninguna lonja en especial, al respecto manifestó lo siguiente:

“No obstante, la propia Constitución autoriza, justamente en lo relativo al ejercicio de las profesiones, que, por decisión de los propios profesionales, se puedan constituir asociaciones denominadas colegios y organizarse mediante ellos, siempre que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos, con lo cual se quiere significar que no se trata de círculos cerrados o exclusivos a los que únicamente puedan acceder determinadas clases de personas (artículo 26 C.P.)”
(Subrayado fuera de texto)

(...) “Ahora bien, en lo que respecta a las asociaciones de profesionales, la posibilidad de fundarlas o de adherir a ellas es libre, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 38 de la Constitución y, según las directrices jurisprudenciales, el Estado no puede establecer sanciones para quien, según su autónomo criterio, decida no asociarse, lo cual, sin embargo, no se opone a la exigencia que pueda hacer la ley -por cuanto se refiere a la idoneidad del ejercicio profesional- de obtener el respaldo de colegios o asociaciones de profesionales en el ramo para asumir determinadas responsabilidades concretas que puedan repercutir a nivel social.

De ese modo, cuando el Estado, mediante la ley, busca asegurar la calidad de los servicios profesionales, dando crédito a quien demuestra,

a través de la asociación a la cual pertenece, una mayor experiencia y una adecuada preparación, en virtud de las exigencias internas de sus propios colegas, que así lo garantizan, no está castigando al no asociado -quien puede ejercer su actividad en campos respecto de los cuales no se exija el mencionado aval-, ni obligando a las personas a asociarse. Que éstas, por su cuenta, concluyan en los mayores beneficios que habrá de proporcionarles la asociación, es algo diferente.”

Así la Corte Constitucional a través de sus consideraciones analiza el tema y claramente asegura que la exigencia de la ley, de pertenecer a una lonja o colegio o asociación de profesionales en el área, en ningún momento limita el ejercicio de la profesión de quienes no se encuentren afiliados, pero sí ofrece un mayor grado de respaldo al momento de emitir un juicio de valor como el que emite en este caso un perito evaluador.

Es importante precisar que este decreto expedido en el año 1995, realizó un aporte importante en materia de avalúos realizados para el Estado, ya que antes de esta fecha no era posible que un ente privado pudiera llevar a cabo dicha labor, así el único legitimado para realizar avalúos antes del presente decreto era el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Pero tal y como ya se ha mencionado después del año 1995 se permitió que personas de carácter privado como las Lonjas y sus miembros directamente, pudieran realizar avalúos para el Estado.

Así, por ejemplo, si INVIAS establecimiento público adscrito al Ministerio de Transportes, necesita un avalúo con el fin de realizar una expropiación, este deberá acudir al IGAC o a una lonja o miembro de esta para realizar el avalúo respectivo.

De la misma forma el inciso 1o. del artículo 11 del Decreto Extraordinario 151 de 1998, trata igualmente sobre el tema considerado en este artículo. Dada su relevancia se transcribe a continuación el texto correspondiente:

"ARTICULO 11. El monto de la compensación se determinará por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la entidad que cumpla sus funciones o peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones gremiales de reconocida trayectoria, idoneidad, experiencia en finca raíz, peritazgo y avalúo de inmuebles (...)"

Con esto se reitera la posición que adoptó el legislador en el año de 1995 permitiendo que los particulares adelantaran estas actuaciones en aras de cumplir una solicitud hecha por el Estado.

A propósito de los avalúos realizados por las Lonjas de Propiedad Raíz o sus miembros, éstos pueden ser elaborados a través del sistema denominado Avalúo Corporativo, en virtud a que es suscrito y presentado directamente por la Lonja de Propiedad Raíz, después de un procedimiento en el que actúa un evaluador comisionado ante afiliados a la Institución, escogidos entre los más expertos evaluadores en su condición de miembros de la Junta Técnica de Avalúos Corporativos.

Dicho avalúo aunque no se encuentra regulado legalmente, es una práctica que se ha acogido en los casos en que expresamente la ley faculta a las lonjas a la determinación del valor comercial de un bien, tal y como ocurre en los casos de el decreto 1420 de 1998 o de la ley 388 de 1997, en los cuales esta prevista la actuación de las Lonjas para la determinación del valor comercial de un bien que será adquirido para la Administración pro motivos de utilidad pública.

Así, en el caso de asignar la elaboración de un avalúo a un ente privado éste debe adelantarse por un evaluador autorizado por la lonja. Para ser autorizado por ésta y dar su respaldo al avalúo presentado por uno de sus afiliados, es necesario cumplir con unos requisitos que permitan que dicha aval cumpla con su respectiva función, la cual es, garantizar la idoneidad de la profesión y brindar un mayor grado de responsabilidad. Al respecto la Corte Constitucional establece:

“Se busca con tales preceptos aprovechar, en beneficio del interés público, la experiencia y el reconocido prestigio de las lonjas como índice demostrativo de la aptitud del evaluador”⁶

A continuación se describe brevemente el procedimiento que se lleva a cabo en algunas de las lonjas que practican este tipo de avalúos, esto constituye una práctica netamente consuetudinaria, que ha sido adoptada por varias de las lonjas dedicadas a la elaboración de los mismos. El avalúo corporativo encuentra su razón de ser en la ley, más su regulación y elaboración ha sido adoptada como

⁶ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Corte Constitucional Sentencia C-492 de 1996. Magistrado ponente.

una costumbre, y el procedimiento que se lleva a cabo para su elaboración puede variar dependiendo de las políticas internas de cada agremiación, sin embargo, a continuación se explicará brevemente y de manera general la forma como algunas de estas agremiaciones realiza este tipo de avalúos.

La Lonja conforma una lista de los miembros del Capítulo de Avalúos que se han inscrito por especialidades para efectos de la distribución de los Avalúos Corporativos que son solicitados directamente a la entidad. Su asignación se realiza en estricto orden de acuerdo con la especialidad del avalúo solicitado. Cuando el avalúo solicitado reviste una especial complejidad, se designan uno o más ponentes adicionales.

Corresponde al miembro que ha recibido en asignación una solicitud de avalúo, realizar la ponencia respectiva ajustándose a los requerimientos de formato, contenido, investigación y plazos establecidos por la Lonja para el efecto. Recibida la respectiva ponencia, corresponde al Departamento Técnico de la entidad evaluar el cumplimiento total de tales requisitos. Una vez aprobada, se corre traslado de ella a la Junta Técnica de Avalúos Corporativos de la Institución. A quien le compete el estudio, la revisión y por último la aprobación del avalúo presentado por el miembro afiliado y designado por la Lonja.

En relación con el Avalúo Corporativo realizado por las Lonjas, hay que precisar que se trata de un dictamen de carácter colegiado de tal forma que es la corporación quien presta el nombre y asume la titularidad de dicho avalúo, no obstante de ser uno solo el evaluador designado o varios dependiendo de la complejidad del mismo. Esto con el fin de garantizar la transparencia del avalúo y su resultado, adecuado a las normas correspondientes para su realización.

Así, la Lonja asume una responsabilidad de vigilancia y control del avalúo elaborado por uno de sus afiliados designados, ya que al final el resultado va a ser presentado con el nombre de la Corporación, sin embargo el tema de responsabilidad será analizado más adelante y con más profundidad.

Es de destacar, que la práctica del avalúo corporativo que se lleva a cabo en estos cuerpos colegiados no es más que una práctica que asegura de una manera más eficiente la idoneidad del evaluador y la veracidad de los resultados que se arrojan. Al ser un ente privado el encargado de realizar un avalúo para la complementación de los fines del Estado, éste debe garantizar de una mayor

forma sus resultados, de esta forma acuden al avalúo corporativo para brindarle a la sociedad y al Estado mayor confiabilidad en la tarea encomendada.

De esta forma, el avalúo corporativo no es una clase de avalúo propiamente tal, sino es la manera en como son presentados a quienes solicitan los avalúo elaborados, que de acuerdo con la práctica, parece ser un uso bastante útil al momento de brindar mayor seguridad en la determinación de un valor.

Ahora bien, volviendo al tema de los avalúos elaborados para el Estado, existen otras normatividades que regulan la materia propiamente dicha, primeramente la ley 9 de 1989 en su artículo 37 dispuso:

“Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta máximo de seis (6) meses...

(...) La entidad que imponga la afectación o en cuyo favor fue impuesta celebrará un contrato con el propietario afectado en el cual se pactará el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación. La estimación de los perjuicios será efectuada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones, en los términos previstos en la presente ley“

Bajo la óptica de esta norma entendemos que si una obra se requiere realizar por parte del estado y que aporta una utilidad pública, pues será el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el único legitimado para determinar el valor comercial del bien, en forma de compensación, de tal forma que cuando se realiza un avalúo donde el bien objeto del avalúo genere una utilidad pública a la comunidad será necesario aplicar la ley 388 de 1997, en su artículo 61, que establece que será realizado sólo por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o cualquier miembro de la lonja debidamente acreditado.

Los avalúos que se realicen para los casos determinados legalmente, como los de la ley 9 de 1989 y la ley 388 de 1997, no son los únicos eventos de utilidad pública, pero sí lo más predominantes.

La ley 388 de 1997 consagra el avalúo comercial para el evento en que se lleve a cabo un proyecto de renovación urbana, ya sea por el proceso de enajenación voluntaria o por la expropiación administrativa.

Cabe resaltar, que no importa que tipo de finalidad tenga el avalúo, es necesario seguir los parámetros comunes establecidos por la ley para la identificación del valor comercial los cuáles ya se han desarrollado previamente.

No obstante, aunque es importante que los avalúos que se efectúen escojan un tipo de metodología previamente establecida por las Resoluciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, también es cierto que en los casos de proyectos de renovación urbana, los cuales se encuentran plenamente reglados por la ley 9 de 1989 y la ley 388 de 1997, exigen además de las metodologías establecidas, una serie de requisitos propios de este tipo de avalúos, al respecto la ley dispone:

“ Art. 61.- Modificaciones al procedimiento de enajenación voluntaria. Se introducen las siguientes modificaciones al procedimiento de enajenación voluntaria regulado por la ley 9 de 1989:

El precio de adquisición será igual al valor comercial determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la entidad que cumpla sus funciones, o por peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes, según lo determinado por el Decreto ley 2150 de 1995, de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en el decreto reglamentario especial que sobre avalúos expida el gobierno. El valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquisición, y en particular con su destinación económica.”...

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que debe seguirse una metodología que el evaluador no puede desconocer, ya sea la del método de reposición, de comparación o cualquiera de las que más adelante se desarrollaran, metodologías éstas determinadas por ley, también es cierto que no son las únicas a seguir. Pues el evaluador no puede desconocer en ningún momento el caso en particular.

Así, si el evaluador llegase a realizar un avalúo siguiendo los lineamientos y términos previamente establecidos por ley, más precisamente la resolución 762 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, no significa que pueda desconocer las normas específicas, puesto que estaría incurriendo en una imprecisión al determinar el valor comercial del bien solicitado.

De esta forma, puede darse el siguiente caso, una entidad de orden nacional, departamental o distrital, en aras de cumplir con sus objetos sociales desarrollan proyectos, ya sea de obras públicas, de renovación urbana, de infraestructura etc. Casos en los cuales puede existir la posibilidad de iniciar procesos de adquisición de predios. De ser así, la ley obliga claramente a las entidades públicas a contratar la elaboración de avalúos para determinar el valor comercial de los predios o inmuebles requeridos para la ejecución de los proyectos.

El evaluador en este caso en concreto, no puede solo ceñirse a la metodologías del IGAC, sino que debe además tener en cuenta la reglamentación específica del predio en cuestión, el decreto 1420 de 1998 en su artículo primero establece que es necesario seguir las normas, procedimientos, parámetros y criterios para la elaboración de los avalúos que se realicen con ocasión de este caso en particular, ya sea para una enajenación voluntaria o para una expropiación vía administrativa o judicial. La ley 388 de 1997 consagra el avalúo comercial para el evento en que se lleve a cabo un proyecto de renovación urbana, ya sea por el proceso de enajenación voluntaria o por la expropiación administrativa.

Cabe resaltar, que no importa que tipo de finalidad tenga el avalúo, es necesario seguir los parámetros comunes establecidos por la ley para la identificación del valor comercial los cuáles se desarrollarán más adelante, ya que tal y como se dijo previamente, ésta clase de avalúos se encuentran regulado de una manera mas amplia y segura por parte del legislador, brindando parámetros objetivos a seguir y los cuales deben cumplir estrictamente ya sea un ente público o privado que elabore los avalúos requeridos por el Estado.

En síntesis, los avalúos que sirven de soporte para las actuaciones del Estado, se encuentran plenamente reglados por la ley, como es el caso de el Decreto 1420 de 1998, el cual regula el procedimiento, las metodologías y por ende las responsabilidades de los evaluadores, para los casos específicos que ahí se disponen, lo que le permite al administrado y al mismo Estado, saber, cuáles son los procedimientos que se deben seguir para la realización de este tipo de actividad. Así, al delimitar las obligaciones y regularla tan exhaustivamente,

permite más adelante exigir las respectivas responsabilidades a que hubiere lugar por la falta de alguno de esos requisitos previamente establecidos.

2. **Avalúos para Particulares:** A diferencia de lo que ocurre con los avalúos elaborados para el Estado, los avalúos que se realizan para regular las relaciones entre particulares no se encuentran claramente regulados por el legislador.

Como fundamento de la anterior premisa, sólo es posible encontrar un registro nacional de evaluadores en el cual deben inscribirse aquellas personas que quieran ejercer la actividad valuatoria, y es la Superintendencia de Industria y Comercio la que se ocupa de llevar tales listas, sin embargo entre sus funciones no está la de regular la actividad

Al respecto los particulares están en toda su libertad para llevar a cabo la actividad valuatoria sin ningún tipo de limitaciones o restricciones, el evaluador ni siquiera deberá estar inscrito en ningún tipo de registro, o acreditar sus estudios al respecto, ya que el Registro Nacional de Evaluadores está concebido únicamente para aquellas personas que pretendan actuar como evaluadores para efectos de lo dispuesto en los artículos 50 de la ley 546 de 1999 y 60 y 61 de la ley 550 del mismo año, En este orden de ideas, quienes actúen como evaluadores en otro tipo de actividades diferentes a las señaladas por las referidas leyes, no están en la obligación de inscribirse en este registro.

Sin norma que regule la actividad para los particulares, no existen limitaciones expresas en las obligaciones a cargo de cada evaluador, dejando sin conocimiento previo a la sociedad acerca de los métodos, procesos, o lineamientos que debe seguir el evaluador la realización de cualquier tipo de avalúos. Las partes podrán a su libre arbitrio establecer los métodos y procedimientos que deben seguirse para el avalúo que se solicite.

De la anterior afirmación, se evidencia claramente la falencia que existe entre los particulares para hacer valer las actuaciones de los evaluadores contratados para efectos de transacciones entre particulares. Es necesario entonces, que el legislador se ocupe de igual manera a este tipo de avalúos así como lo hace con los que se elaboran para el Estado.

Al respecto, cabría la posibilidad de realizar una Junta Nacional de Avaluadores, la cual se ocupara no solo de profesionalizar la actividad, tal y como lo veremos más adelante, sino de regular mas estrictamente la actividad para los particulares, exigiendo el cumplimiento de lineamientos, metodologías o procedimientos previamente establecidos, con el fin de brindarle a la sociedad una mayor seguridad y prevención en materia de responsabilidad.

3. Tipos de avalúos: Sin importar si el avalúo que se solicita es para el Estado o para los particulares, algunos doctrinantes han diferenciados los diversos tipos de avalúos que pueden ser solicitados para la respectiva necesidad, de tal forma que dependiendo de lo que el Estado o las partes busquen, existen varios tipos de avalúos que satisfacen las correspondientes necesidades del mercado. Entre ellos encontramos:

- Comerciales.

- Renta.

- Reposición.

- Retroactivos.

- Afectaciones.

- Mejoras.

- Intangibles.

La anterior clasificación es realizada por la doctrina de acuerdo a las necesidades y solicitudes que se presentan día a día en el mercado inmobiliario.⁷ De esta manera se dará paso a la explicación de cada uno de ellos si caer en detalles de

⁷ BORRERO OCHOA, Oscar. Avalúos de Inmuebles y Garantías. Bogotá. Bandhar. Bogotá. 2002.

los métodos matemáticos y estadísticos que son necesarios para la determinación del valor comercial.

3.1 COMERCIAL

Este tipo de avalúo es el más común en la actividad valuatoria, tiene como característica la búsqueda del valor comercial del bien objeto del avalúo. Esta clase de avalúo recae sobre cualquier tipo de bien, ya sea corporal o incorporal, lo importante es que siempre se busque de éste la determinación del valor comercial del bien, cuya definición ya se explicó previamente.

El Instituto Geográfico Agustín Codazzi a través de la resolución 0762 de 1998, reglamentó el tema del avalúo comercial, brindando las variables que deben tenerse en cuenta al momento de practicar este tipo de avalúo. De esta forma en el caso de los bienes inmuebles, es necesario observar los siguientes factores:

- Identificación física del predio, en este caso específico el IGAC considera fundamental tener en cuenta la localización y dirección del bien inmueble al cual se le va a realizar el respectivo avalúo. Dentro de este factor es necesario igualmente identificar el inmueble por sus linderos, topográficamente, mirara si cuenta con al dotación de redes de servicios públicos, etc.

- Identificación legal, al respecto la Instituto Geográfico Agustín Codazzi dispone en la citada resolución “En el aspecto legal se debe prestar atención a las afectaciones de uso que pesen sobre los inmuebles y para lo cual es necesario verificar que en el folio de matrícula inmobiliaria se encuentre inscrita tal afectación...”

El IGAC no sólo propone métodos y los lineamientos matemáticos para la elaboración de avalúos comerciales de bienes inmuebles de cualquier tipo, sino que además en su resolución 0762 del 23 de octubre de 1998⁸ reglamenta la manera específica en la que se realizar ciertos avalúos determinados y explícitos por esta normatividad, como los son los casos de avalúos de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal, los bienes no sometidos al régimen de propiedad

⁸ Esta resolución fue modificada posteriormente por la resolución 0149 del 23 de abril de 2002 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

horizontal, avalúos para la determinación del carácter de vivienda de interés social (VIS), entre otras disposiciones.

Por otra parte el decreto 1420 de 1998, dispone a su vez algunos factores que hay q analizar al momento de realizar un avalúo comercial, entre ellos encontramos que:

- En necesario que el inmueble cumpla con las reglamentaciones urbanísticas propias del municipio o distrito vigentes al momento de la realización del avalúo.
- De la misma manera hay que observar la destinación económica del inmueble.
- Se debe tener en cuenta de igual forma, si el inmueble se encuentra sometido a régimen de propiedad horizontal, esto con el fin de realizar el avalúo correspondiente de las áreas comunes teniendo en cuenta los coeficientes de copropiedad.⁹

Respecto de la realización de avalúos comerciales en bienes muebles, la doctrina a partir de los métodos reconocidos por la ley ha creado a su vez factores relevantes que deben tenerse en cuenta la momento de realizar un avalúo de este tipo que tiene como fin la determinación del valor comercial. Así es importante observar la vida útil del bien, así como también el tiempo de existencia y de uso que haya tenido el mismo.¹⁰

3.2 RENTA

Este tipo de avalúo se caracteriza principalmente por determinar como su nombre lo indica, el valor de la renta que puede generar un bien mueble o inmueble al celebrese sobre éstos un contrato de arrendamiento.

⁹ DECRETO 1420 de 1998. Art. 21

¹⁰ BORRERO Op. Cit.

De tal manera que el objetivo de esta clase de avalúo, es la búsqueda del valor de un canon de arrendamiento, teniendo en cuenta diversos factores que puedan llegar a determinarlo y a su vez afectarlo.

Es necesario aclarar que el valor de la renta producto de este tipo de avalúo, es siempre un valor actual, es decir, es el valor del canon de arrendamiento al momento de llevarse a cabo la actividad valuatoria.

3.3 REPOSICIÓN

Al igual que todas las clases de avalúos, éste goza de una característica fundamental consistente en la determinación del valor comercial sin embargo, se diferencia de los demás en el método de identificación del mismo, ya que es necesario conocer el valor del bien como si fuera nuevo, para luego realizar las respectivas deducciones teniendo en cuenta factores o elementos como la depreciación, su vida útil, sus años de existencia, etc.

De tal manera, que el avalúo de reposición hace referencia tal como su nombre lo indica a la hipótesis de volver a considerar el bien con las características que gozaba al momento de su construcción, es decir, estudiar como nuevo un bien que ha sido utilizado y creado tiempo atrás, para luego partir de allí a identificar el valor comercial teniendo en cuenta el costo que tendría actualmente.

3.4 RETROACTIVOS

Consiste en aquel avalúo que se realiza con el fin de determinar el valor comercial o la renta que genera un bien en una época determinada, la cual es anterior a la realización del respectivo avalúo.

Este avalúo no requiere mucho desarrollo, simplemente su práctica se justifica para aquellos litigios donde se pretenda establecer el valor del bien en un momento determinado.

Existen varios casos en los cuales es procedente practicar este tipo de avalúos, tal es el caso de los procesos donde la pretensión que se decide consiste en la

rescisión del contrato de compraventa celebrado por considerarse que hubo lesión enorme. De tal manera que es necesario, en el caso concretamente planteado, un avalúo de este tipo que determine el valor del bien al momento de haberse realizado el contrato.

De esta forma, se podría concluir diciendo que esta clase de avalúo se concreta en la posibilidad de establecer el valor histórico del bien, con el fin de saber en su momento qué valor comercial tenía y qué valor generaba.

3.5 AFECTACIONES

Como se ha podido observar, existen varias clases de avalúo que pueden recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles, esta categoría en particular recae sobre estos últimos, ya que lo que se pretende es determinar el valor del bien inmueble partiendo de la base que éste sufre una determinada afectación, que bien puede aumentar su valor comercial o disminuirlo dependiendo del tipo de afectación que sufra.

Así, un inmueble puede verse afectado por la construcción de una obra pública como lo puede ser el paso de una vía pública importante, también puede verse afectado por constituirse sobre él una servidumbre cualquiera que sea su clase o por cualquier obra de interés general en la cual su valor varíe.

3.6 MEJORAS

Es posible que tanto un bien de carácter mueble como inmueble goce de ciertas mejoras que incrementen su valor.

El caso más común es el predio al cuál se le realiza una mejora construyendo sobre él cualquier tipo de edificación, que de acuerdo a la teoría de la accesión aplicada en nuestro ordenamiento civil implica que el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella¹¹.

¹¹CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Art. 713.

De esta manera, el propietario de un predio, en este caso, será dueño de todo lo que se adhiera a él, es por tal razón que al momento de determinar el valor comercial de un predio sobre el cual se haya construido, deberá valorarse de igual forma la construcción o edificación realizada, la cual variará el valor comercial del bien inmueble.

De igual forma ocurre con los bienes muebles, que al detentar una mejora en particular se incrementa su valor comercial debido al factor que directamente lo determina: la mejora que se realice sobre el bien.

3.7 INTANGIBLES

Respecto de este tipo de avalúos hay que destacar que recaen como su nombre lo indica sobre bienes intangibles, es decir, sobre aquellos bienes que no son susceptibles de ser percibidos por los sentidos, o de aprehensión material.

Las empresas cuentan con diferentes tipos de bienes que constituyen los activos de la misma, así es posible encontrar no solo bienes de tipo material como maquinarias, equipos, muebles, enceres, capital, etc. Sino que además cuentan con otro tipo de activos como los bienes intangibles entre ellos se encuentran las marcas, patentes, derechos de autor, franquicias, regalías, Know How, y el Good Will.

Respecto de este último tipo de bien, el Good Will connota en su sentido amplio el conjunto de bienes intangibles que posee una empresa, obtenido a través de la unión de esfuerzos, el cual brinda un privilegio y reconocimiento en el mercado el cual se traduce en un promedio de los demás negocios.

Por Good Will se entiende todas aquellas “ventajas comparativas que un negocio tiene sobre sus competidores de forma tal que le permite obtener mayores ganancias que el nivel promedio de los demás negocio. El elemento básico del Good Will es la condición de ganancias en un mercado competitivo”¹²

La superintendencia de industria y comercio ha definido dicho concepto estableciendo que "En términos generales el anglicismo "good will" alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento

¹² BORRERO. Op. Cit. p. 320.

mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, el factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.

"Como es patente, la empresa que goza de tales características y que logra conquistar una clientela numerosa y cuyos productos son reputados, se coloca en un plano descollante en el mercado en cuanto puede vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido. (.)"¹³

Al respecto del tema de avalúos de este tipo de bienes, es importante aclarar que de acuerdo a lo establecido por la doctrina, éste sólo es posible realizarlo únicamente en el evento en que las utilidades sean superiores al promedio de los negocios similares.¹⁴, es decir, cuando la empresa produce utilidades superiores a lo normal, lo cual claramente es susceptible de verificación a través del estado de pérdidas y ganancias que tenga la empresa o compañía que quiera avaluar su Good Will.

Así, se escogió en el tema de avalúos de bienes intangibles, una ejemplificación concreta como lo es el activo del Good Will, pero de igual forma es posible avaluar bienes que por separado hacen parte y conforman lo que se conoce como Good Will.

¹³ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 10030 del 10 de mayo de 2004.

¹⁴ BORRERO Op. Cit. p. 320.

3. MÉTODOS VALUATORIOS

A propósito de la falta de regulación respecto de los avalúos elaborados para las relaciones entre los particulares, este capítulo no es ajeno a la problemática anteriormente manifestada, ya que los evaluadores contratados para la elaboración de avalúo con fines particulares, no están obligados a seguir ningún tipo de metodología ya que sus actuaciones no se encuentran reguladas por la ley, como sí ocurre en el tema de los avalúos para el Estado.

En ese orden de ideas, los evaluadores podrían seguir las metodologías previamente reguladas por la ley, sin embargo no están obligados a cumplirlas en todos los casos, de hecho, debido a la falta de la regulación en su actividad, es posible que puedan impartir nuevas metodologías y que puedan establecer nuevos procedimientos para lograr la obtención del valor comercial de un bien inmueble.

En Colombia, se han reconocido bajo la ley 388 de 1997, el decreto reglamentario 1420 de 1998 y la resolución del IGAC numero 0762, cuatro métodos valuatorios de creación internacional: el método del coste, de comparación, de capitalización y el método residual.

Estos métodos son las vías para la determinación del valor comercial, según cada caso en concreto, los cuales deben seguirse únicamente para los casos en que expresamente lo disponga la ley, es decir, para los descritos en el Decreto 1420 de 1998, o la ley 388 de 1997, o las demás normatividades que lo disponga.

3.1 MÉTODO DE RENTA O DE CAPITALIZACIÓN

Este método parte del supuesto que el bien objeto de avalúo genera una renta o ingreso para su titular, y a partir de dicha renta o de la renta que genere bienes inmuebles semejantes y comparables por sus características físicas se infiere el valor del inmueble. Con este método, se debe calcular el valor presente de todas las rentas probables futuras que generará el bien objeto de avalúo con una tasa de capitalización o interés.

Como ejemplo práctico podemos citar el caso de un hospital abandonado, puesto que, como este no genera renta existe una pérdida de valor constante y su valor comercial será muy bajo y probablemente ningún particular este interesado en su adquisición.

3.2 MÉTODO COMPARATIVO

Es el método más empleado entre los evaluadores, bajo éste se establece el valor comercial del bien con base en las ofertas, operaciones, o transacciones recientes que hayan surtido bienes semejantes al bien objeto de avalúo. Como su nombre lo indica, se debe comparar un bien con otro, estableciendo sus similitudes y diferencias, y con base en ellas, se ajusta el valor del bien conocido con respecto del bien objeto de avalúo.

Sin embargo, elementos propios del bien juegan en este caso un papel fundamental, así por ejemplo, la ubicación del bien es un factor preponderante para determinar el valor que el mercado le ofrece, por otra parte, la recolección de datos, como ofertas y demandas recibidas sobre el bien son la mejor fuente y la más confiable.

Este método se aconseja para la mayoría de bienes siempre y cuando exista un claro conocimiento de las condiciones del mercado, por lo cual, no es recomendable para bienes poco comunes, puesto que, no existe la información suficiente para establecer el valor correcto del bien.

3.3 MÉTODO DE COSTE

Bajo este método se puede evaluar un bien inmueble a partir del cálculo del costo presente de reposición o reproducción del inmueble objeto del avalúo. Una vez se identifique este valor, se le deberá descontar las sumas por depreciación¹⁵ o

¹⁵ "Artículo 3 Parágrafo 1. Depreciación. Es la porción de la vida útil que en términos económicos se debe descontar al inmueble por el tiempo de uso, por cuanto lo que se debe avaluar es la vida remanente del bien.

Existen varios sistemas para estimar la depreciación, siendo el más conocido el Lineal, el cual se aplicará en el caso de las maquinarias. Para la depreciación de las construcciones se deben emplear modelos continuos y no los discontinuos o en escalera. Deberá adoptarse un sistema que tenga en cuenta la edad y el estado de conservación, tal como el de Fitto y Corvini, para lo cual se

desgaste que presente el bien, y adicionar a este resultado final la utilidad recibida por el constructor.

$$V_c = \{C_t - D\} + U + V_t$$

Donde:

V_c = Valor comercial

C_t = Costo Total

D = Depreciación

U = Utilidad del constructor

V_t = Valor del terreno

Con este método se pueden avaluar edificaciones o inmuebles que se puedan desligar de su terreno de edificación, toda vez, que se deberá avaluar por separado la edificación, del terreno sobre el cual se asienta y de las mejoras que haya recibido el bien, por lo cual, no se puede utilizar este método para avaluar lotes de terreno. Por la misma razón tampoco sirve para avaluar parte de copropiedades o una comunidad de bienes.

Este método de avalúo no es recomendado ya que exige un gran esfuerzo establecer el costo de rehacer el inmueble.

Podemos tomar como ejemplo para ilustrar el uso de este método el caso de un Teatro Municipal, el cual no podrá ser avaluado por el método de renta toda vez que su actividad podría estar subsidiado por el Estado, y de este modo el valor de la renta generada no reflejaría el valor real del bien, tampoco se hace aplicable el método de comparación, teniendo en cuenta que dada la naturaleza del bien no es muy usual encontrar este tipo de bienes en la ciudad, así que no existe un número suficiente de referencias posibles para realizar el análisis comparativo.

3.4 MÉTODO RESIDUAL

presentan las ecuaciones resultantes del ajuste para los estados 1, 2, 3 y 4." Resolución 0762 de 1998 IGAC.

Este método reúne técnicas de los métodos anteriores, estableciendo el valor comercial del bien a partir de las rentas probables generadas por su uso y de los factores del mercado. Se utiliza generalmente para avaluar lotes de terreno, sobre el cual se proyecta el valor probable de las construcciones posibles, descontando los costos para su realización, y esta diferencia es el valor que podría cobrarse por el lote de terreno.

Se aconseja utilizar este método para el avalúo de lotes de terreno que sean potencialmente edificables o explotables, y para casalotes.

Por ultimo, respecto de la utilización de los métodos valuatorios podemos decir que se recomienda utilizar más de dos métodos con el fin de obtener un mayor grado de certeza en la fijación del valor comercial del bien objeto de avalúo. Sin embargo, cabe resaltar, que como lo mencionamos anteriormente, no todos los bienes aceptan todos los métodos de valuación, por lo que es necesario reconocer según las reglas descritas anteriormente el método mas apropiado según la naturaleza o tipo de bien.

Una vez elegido el método valuatorio que se va a utilizar, es recomendable seguir una serie de pasos o etapas para establecer el valor del avalúo, así:

“Artículo 6º. ...

1. Revisión de la documentación suministrada por la entidad peticionaria, y si hace falta algo de lo previsto en el artículo 13 del Decreto 1420 de 1998 se procede a solicitarlo por escrito.

Este artículo hace referencia a la documentación necesaria que debe reunir quien solicita el avalúo comercial de ciertos bienes inmuebles. Así se hace necesario que el peticionario presente la Identificación del inmueble(s), por su dirección y descripción de linderos, la copia de la cédula catastral, la copia del certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del avalúo, la copia del plano del predio(s) con indicación de las áreas del terreno, de las construcciones o mejoras del inmueble motivo de avalúo, según el caso, la copia de la escritura del régimen de propiedad horizontal, condominio o parcelación cuando fuere del caso, y la copia de la reglamentación urbanística vigente en el municipio o distrito, en la parte que haga relación con el inmueble objeto del avalúo, entre otros.

2. Definir y obtener la información que adicionalmente se requiere para la correcta identificación del bien. Se recomienda especialmente cartografía de la zona o fotografía aérea, para la mejor localización del bien.
3. Verificar la reglamentación urbanística vigente, haciendo especial énfasis en que ésta se encuentre debidamente publicada.
4. Reconocimiento en el terreno del bien objeto de avalúo. En los casos en que el avalúo se haya asignado a una persona jurídica, este proceso deberá ser realizado por una persona con las mismas características técnicas y profesionales de la persona que ha de liquidar y firmar el avalúo.
5. Siempre que sea necesario se verificarán las mediciones y el inventario de los bienes objeto de la valoración. En caso de edificaciones deberán constatarse en los planos las medidas y escalas en que se presente la información.
6. En la visita de reconocimiento deberán tomarse fotos que permitan identificar las características más importantes del bien, las cuales posteriormente permitirán sustentar el avalúo.
7. Cuando se realicen las encuestas, deberán presentarse las fotos a los encuestados para una mayor claridad del bien que se investiga.
8. Aun cuando el estudio de los títulos es responsabilidad de la entidad interesada en la adquisición del bien, una correcta identificación requiere que el perito realice una revisión del folio de matrícula inmobiliaria para constatar la existencia de afectaciones, servidumbres y otras limitaciones que puedan existir sobre el bien.”

4. ACTIVIDAD VALUATORIA COMO PROFESIÓN

El decreto 3050 de 1997 en su artículo 25 define la profesión liberal como "toda actividad en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico".

De la citada definición se destaca el elemento intelectual que caracteriza una actividad con la calidad de profesión. Sin embargo, en este caso en específico, no es posible catalogar la actividad valuatoria como una profesión liberal, puesto que carece de uno de los elementos esenciales el cuál es el título académico.

Tal como se verá más adelante, es posible que un evaluador carezca de un título académico que sustente o acredite su actividad, simplemente debe estar registrado ante la autoridad competente notificando sus conocimientos en materia de avalúos. De tal manera, que el registro, ante la autoridad competente, no es constitutivo sino declarativo, ya que informa a la comunidad en general que la persona se dedica profesionalmente a la realización de avalúos.

De manera análoga ocurre con el comerciante, el cual no adquiere su calidad de tal por la inscripción en el registro mercantil, sino por la ejecución de manera habitual y profesional de actos de comercio. De la misma forma ocurre con el evaluador, su calidad no está dada por el registro ante la autoridad competente, sino por el desempeño de su actividad de forma habitual y profesional.

De conformidad con lo anterior, se deduce que la actividad valuatoria no se trata de una que tenga la categoría de profesión liberal, puesto que tal y como se mencionó no es necesario la existencia de un título académico que lo acredite como tal. Lo anterior no implica necesariamente que no exista la capacitación en la materia, ya que aunque no es un requisito un título académico, sí se requiere la capacitación de conocimientos, con el fin de desempeñar la actividad en mención.

Ahora bien, dejando claro que no se trata de una actividad liberal, es necesario determinar el concepto de actividad profesional.

En ese orden de ideas, algunos doctrinantes como Gustavo Ordoqui Castilla opinan que la profesión está determinada por la habitualidad de su desempeño, así se llama profesional a aquel que "desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos" para otros autores que difieren de este criterio el concepto de profesional es multidireccional y relativo: el puede ser generalmente un comerciante como también puede ser un no comerciante.

En un sentido estricto profesión es toda actividad desarrollada en forma habitual - es decir de manera continua y como *modus vivendi* de la persona- con autonomía técnica que cuenta con una reglamentación, requiere una habilitación previa y se presume onerosa; pudiendo así mismo estar sujeta a colegiación y sometida a normas éticas y a potestades disciplinarias.¹⁶

De esta manera, es posible concluir que la actividad valuatoria es una profesión debido a su habitualidad, a las normas que lo rigen, y al registro al cual se encuentra sometida.

Nuestra Constitución Política dispone en su artículo 26 "Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles."

Del anterior precepto constitucional se deriva claramente la posibilidad que a la profesión le sea exigida un título de idoneidad, sin embargo, tal y como se expuso previamente no es un requisito esencial en la actividad valuatoria, ya que no se trata de una profesión liberal.

¹⁶ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Responsabilidad civil del profesional liberal. Montevideo, Fundación de cultura Universitaria 1993, p. 13, 18.

La Corte Constitucional manifestó al respecto “Es razonable sostener que si el legislador está obligado a exigir títulos de idoneidad también goza de un margen importante de discrecionalidad para fijar los requisitos necesarios para obtener la autorización estatal para el ejercicio de una profesión. Sin embargo, esto no quiere decir que el legislador es absolutamente libre para establecer las condiciones para lograr el título de idoneidad, pues el Congreso no puede imponer condiciones exageradas, o poco razonables, que anulen los derechos a ejercer una profesión y al trabajo.

“Es claro que el legislador está expresamente autorizado para intervenir en el ejercicio del derecho fundamental de escoger profesión u oficio. Pero dadas las garantías de igualdad y libertad que protegen este derecho, las limitaciones establecidas por el legislador deben estar enmarcadas en parámetros concretos, so pena de vulnerar el llamado “límite de los límites”, vale decir, el contenido esencial del derecho que se estudia”¹⁷

La Corte entonces con este pronunciamiento ha dejado claro que la profesión cualquiera que esta sea, puede ser objeto de título de idoneidad, y que además es posible exigir requisitos para su obtención, lo cual implica una mayor responsabilidad por parte de las entidades o autoridades otorgantes de dicho título.

Tal conclusión es posible circunscribirla al campo del avalúo, justificando así la posibilidad que la profesión valuatoria, pueda ser objeto de exigencias y requisitos para su idoneidad por parte de la ley. Lo anterior es posible concluirlo ya que la Corte Constitucional mediante sentencia C-492 de 1996, refiriéndose al tema en específico del artículo 27 del decreto 2150 de 1995, relativo al avalúo de bienes inmuebles y mas específicamente al tema de las agremiaciones como las lonjas de propiedad raíz, dispuso lo siguiente:

“Los colegios de profesionales, considera la Corte, no responden simplemente a una necesidad asociativa entre sus integrantes para alcanzar fines individuales de cada uno de ellos, sino que se proyectan hacia el entorno social, si se tiene en cuenta que su primordial objeto radica en establecer formas de autocontrol, de preservación y de

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-964 de diciembre 1 de 1999. Sala Plena.

aquilatamiento de la preparación, la idoneidad, la ética y la eficiencia de quienes, en el campo de la actividad respectiva, habrán de ejercer su profesión.

No es extraño, entonces, que tales asociaciones exijan requisitos a sus afiliados, en el campo de la formación académica, de la experiencia y del prestigio, ni que vigilen de cerca la conducta que ellos observan en el ejercicio profesional, su rendimiento, la calidad de sus servicios y su creciente capacitación, así como las sanas prácticas de competencia, pues de lo que se trata es de brindar garantías a la sociedad y fortaleza al desarrollo de la profesión.”

“...Consecuencia de esa elemental precaución es la facultad conferida por el Constituyente al legislador en el sentido de reconocer las profesiones, exigir títulos de idoneidad, contemplar para ellas una previa formación académica y calificar como de riesgo social las ocupaciones y los oficios que, aun sin requerir esa formación, demanden especiales controles o cuidados habida cuenta de sus peculiares características o del peligro que su desempeño representa”.

Así, no hay lugar a considerar la actividad valuatoria como una profesión liberal, ya que es posible ejercerla sin un título que lo acredite como tal, no obstante, es posible exigirlo de todas formas, con el fin de brindarle mayor seguridad a la actividad.

De igual manera, no podemos dejar de lado la importancia que tendría exigir el título de idoneidad en todo tiempo y para cualquier tipo de profesión, en especial la valuatoria con el fin de garantizar y brindar la seriedad y seguridad en las transacciones económicas en las que se vean envueltos intereses patrimoniales, que pueden llegar a verse afectados por las malas decisiones adoptadas por los evaluadores inexpertos, o en este caso sin título que acredite su idoneidad.

De igual manera la Corte ha establecido que es de mayor importancia exigir un título de idoneidad, a aquellas profesiones donde se vea envuelto un riesgo e importancia social, como sería el caso de la profesión médica, de abogados, etc.

“en virtud del artículo 26 de la Carta las profesiones respecto de las cuales se puede exigir un título de idoneidad son aquellas que implican un riesgo social”. Por ende “se justifica esta limitación a la libertad económica teniendo en cuenta que al promocionarse los servicios de una persona respecto de la cual la ley exige poseer un título de idoneidad para desempeñarse en la actividad, profesión u oficio sin que haya obtenido su respectiva acreditación se vulnera el derecho de todas las personas a obtener una información veraz”. (Subrayado fuera de texto)¹⁸

En el caso de la actividad valuatoria, ésta puede generar un riesgo social en la medida en que se desarrolle como un medio idóneo para resolver un litigio, en el que se encuentren involucrados intereses económicos. Tal será el caso de aquellos procesos judiciales en los que se pretenda una reparación por parte del Estado, en los daños que en ejercicio de sus funciones haya causado a un ciudadano, y que éste no se encontraba en la obligación de soportar.

Así por ejemplo, si al expedirse un acto administrativo se causa un perjuicio a un particular disminuyéndole el valor comercial a un bien de su propiedad, que se ve claramente afectado por dicha decisión administrativa, es necesario la determinación del valor comercial del bien para realizar la respectiva reparación de perjuicios causados. En este caso en específico, puede suceder que el avalúo sea elaborado generando perjuicios tanto para el particular como para el patrimonio del Estado. De tal manera, que en estos casos donde se ves involucrado un interés tan grande como los recursos de la administración y las indemnizaciones a que hubieren lugar, lo cual representa un riesgo social, que solo debe ser ejecutado y realizado por un profesional idóneo, es decir, con su respectivo título. La Corte Constitucional dispuso respecto a lo anterior

“bien puede la ley, en defensa de los intereses de los usuarios del crédito y de la transparencia de los trámites que deben llevarse a cabo para su concesión, y con el fin de evitar que las instituciones financieras escojan según su particular criterio a los peritos evaluadores, que exista un registro oficial en el que aparezcan quiénes pueden ser escogidos por las partes para establecer el valor de los inmuebles que habrán de ser hipotecados a favor de los prestamistas.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-10 de enero 19 de 2000. Sala Plena.

El legislador, mediante ese requerimiento, no está impidiendo que se ejerza el oficio u ocupación del evaluador, y por tanto no desconoce la garantía consagrada en el artículo 26 de la Constitución, y, al contrario, está asegurando que todos aquellos a quienes no se pueda desvirtuar que gozan de la aptitud y la preparación suficientes, de la idoneidad profesional, la solvencia moral, la independencia y la responsabilidad necesarias, inscritos que sean en la lista que lleva la Superintendencia de Industria y Comercio, puedan actuar en condición de peritos evaluadores, si son escogidos por acuerdo entre las partes...”¹⁹(Subrayado fuera de texto)

Determinada así la profesionalidad de la actividad valuatoria, es posible establecer que el sistema de responsabilidad de esta actividad es el sistema por el hecho propio, consagrada en el artículo 2341 del código civil colombiano que dispone “ El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, el cual se desarrollará más adelante, y que constituye el género a la especie denominada responsabilidad profesional, la cual alude a los daños que se hayan causado por las acciones u omisiones a una persona en el ejercicio de su profesión o actividad profesional.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1265 del 20 de septiembre de 2000.

5. PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS LEGITIMADAS PARA REALIZAR AVALÚOS

Existen dos tipos de personas legitimadas para la realización de avalúos:

Personas jurídicas: las cuales pueden ser de carácter público o privado, en el primer caso encontramos a las de carácter privado como es el caso de las lonjas o asociaciones de evaluadores y las segundas corresponden a las personas jurídicas de carácter público tales como del Instituto Geográfico Agustín Codazzi;

Personas naturales: pueden desempeñar este tipo de actividades ya sea porque se encuentren inscritos en las lista de auxiliares de justicia expedida por el Consejo Superior de la Judicatura y/o en el registro nacional de evaluadores llevado y controlado por la Superintendencia de Industria y Comercio, para los casos consagrados en la ley 546 de 1990 y la ley 550 de 1999. o simplemente puede ejercerla cualquier particular sin necesidad de estar inscrito en ninguna lista, y para el campo estrictamente privado

Respecto de los evaluadores que requieren estar inscritas en el Registro Nacional del Avaluador, es necesario que quienes se encuentren en este listado gocen de ciertas características que han sido establecidas legalmente.

Así, el decreto 422 de 2000 reglamenta la actividad valuatoria y determina las calidades de los evaluadores como personas naturales, de tal forma que dispone en su artículo 3 los requisitos necesarios para inscribirse en el mencionado registro, los cuales son:

1. Título profesional.
2. Experiencia mínima de tres (3) años en la actividad evaluadora.

3. Conocimiento de las técnicas propias de las especialidades en las que realiza avalúos.

El mismo decreto dispone la necesidad de la inscripción en el registro Nacional del evaluador, ya que es el único medio idóneo para obtener la autorización y de esa forma desempeñar así, la actividad valuatoria. De manera tal, que solo las personas inscritas en el registro en mención son las personas naturales idóneas para el desempeño de dicha actividad.

La Corte Constitucional respecto a los requisitos exigidos por la Superintendencia de Industria y Comercio para la inscripción de los evaluadores interesados en el ejercicio de la profesión ha dispuesto lo siguiente:

“Así, le está vedado a la superintendencia crear nuevas normas en las que se plasmen condiciones, requerimientos o dificultades para ser inscrito en la lista. La inscripción, cumplido lo que la ley expresamente exija a los evaluadores para ejercer su actividad, debe ser automática. No puede negarse la superintendencia a ella, pues, al tenor del artículo 26 de la Constitución, estamos ante una ocupación respecto de la cual opera el principio general del libre ejercicio.

Por otro aspecto, la norma enjuiciada no puede entenderse ni aplicarse en el sentido de que la superintendencia pueda escoger discrecionalmente o a su acomodo a quienes han de formar parte de la lista de peritos evaluadores. El proceso que conduzca a la inscripción ha de ser abierto y transparente, de modo que quien, cumpliendo los requisitos de ley, pida ser inscrito, lo sea.

Es verdad que la disposición examinada alude a los requisitos de idoneidad profesional, solvencia moral, independencia y responsabilidad, pero para esta Corte resulta incontrovertible que ellos se refieren a la forma en que los peritos evaluadores deberán cumplir su tarea, sujetos como están a verificación posterior y a responsabilidad sobre la manera como han actuado, si al hacerlo han transgredido los enunciados postulados, la Constitución o la ley.”²⁰

²⁰ Ibíd.

Si bien se ha dicho que la inscripción de los evaluadores idóneos para llevar a cabo la actividad se encuentra a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, también es cierto que existen otro tipo de entidades autorizadas por ésta última para realizar la misma función.

Así, con el fin de desconcentrar la función de inscripción a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, la ley autoriza a varias entidades para llevar a cabo al inscripción de los evaluadores, al respecto el decreto 422 de 2000 en su artículo 4 manifiesta lo siguiente: “El Registro Nacional de Evaluadores estará conformado por los evaluadores incluidos en las listas de las entidades autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar tal actividad.”

Y complementa: “Las listas que conforman el Registro Nacional de Evaluadores podrán llevarse por lonjas, agremiaciones profesionales o personas jurídicas, autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio una vez cumplidos los requisitos que fije dicha Entidad de manera general.”

En síntesis, las personas naturales pueden realizar avalúos para el sector que los requiera, en el caso del ámbito privado las personas naturales podrán llevar a cabo su actividad, siempre y cuando cumplan con los requisitos mencionados previamente, entre ellos los de idoneidad, y como consecuencia la inscripción a las lista que conforman el registro nacional de evaluadores en los términos de la las leyes 546 de 1999 y 550 de 1999, en los demás casos no existe la exigencia de ningún tipo de requisito para la elaboración de avalúos a particulares

Tal y como se mencionó previamente, no solo podrá hacerse cargo del registro la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que además la ley autorizó a las personas jurídicas de carácter privado, para llevar las listas de evaluadores con la autorización de la mismas Superintendencia, lo cual implica una clara descongestión en las funciones públicas a cargo del Estado, y que se desconcentran en los entes privados más calificados para ello.

De acuerdo a lo mencionado al principio del presente capítulo, las personas jurídicas, también se encuentran legitimadas para la realización de avalúos, tal y como lo dispone el artículo 27 del decreto 2150 de 1995, lo cual implica la posibilidad que éstas presenten avalúos en nombre propio, con la colaboración de los evaluadores inscritos, quienes a su vez celebran un contrato de prestación de

servicios profesionales con la entidad autorizada. o se lleva a cabo el avalúo de carácter corporativo, el cual fue explicad en capítulos anteriores.

Por otra parte, está el grupo de los auxiliares de justicia inscritos igualmente en listas del Consejo Superior de la Judicatura.

Los auxiliares de justicia son colaboradores en el ejercicio de la función judicial, de tal forma que cooperan junto con el juez para evitar el conocimiento privado del mismo, ya que es lo que garantiza la imparcialidad y objetividad en las decisiones judiciales.

Los auxiliares de justicia de acuerdo a lo dispuesto el Consejo Superior de la Judicatura, “son oficios públicos que deben desempeñar persona idóneas, de conducta intachable, excelente reputación, incuestionable imparcialidad, versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, con título profesional, tecnológico o técnico legalmente expedido.

No obstante, el evaluador inscrito como persona natural en el sector privado, requiere un grado de idoneidad e imparcial necesarios para asegurar el buen decoro de su profesión. El auxiliar de justicia de igual forma aunque se exige en calidad las mismas condiciones, su reproche es más exigente, debido a la importancia de su actividad, ya que como bien es sabido hará parte de los colaboradores de la justicia y como tal desempeña una función pública que implica directamente un interés general que afecta a todos.

Es así, como es posible observar la existencia de un colaborador de la justicia denominado auxiliar, el cual tiene carácter de funcionario público y como tal es posible que ante cualquier incumplimiento de sus deberes u obligaciones, derivadas de la naturaleza de cargo, es posible asimismo realizar un examen de responsabilidad distinto a la disciplinaria, el cual encuadraría claramente en la responsabilidad estatal.

Para ampliar un poco más el tema, es necesario remitirse al artículo 90 de la Constitución política de Colombia de 1991 el cual dispone lo siguiente: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados pro la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que

haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

Conforme a lo dispuesto por nuestra Carta Política, es posible hacer responsable al Estado por los perjuicios que algunas de sus autoridades causen a sus ciudadanos en el ejercicio u omisión de sus actividades. De esta manera, en el caso del perito evaluador, el cual es llamado a brindar su colaboración en un proceso judicial, se rehúse a brindar su concepto acerca del caso, o de manera dolosa o gravemente culposa emite juicios de valor que no corresponden a la realidad fáctica, es posible además de incurrir en responsabilidad disciplinaria, ya que es considerado un funcionario público, deberá hacerse responsable de la condena en que pueda verse involucrado el estado, por la negligencia de sus funcionarios.

Es así, que es posible encuadrar una responsabilidad estatal, ante el hecho de que un ciudadano se vea afectado por un mal concepto proveniente del perito evaluador, hasta el punto de perder patrimonialmente por causa de dicho concepto. En este caso en específico el funcionario deberá afrontar su falta y aceptar la repetición del pago que el Estado pueda hacer valer sobre este, y de igual manera los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos e intereses económicos, no sólo con las acciones jurídicamente conocidas como una sanción disciplinaria y la expulsión del auxiliar de justicia de la lista elaborada por el Consejo Superior de la Judicatura, sino además es posible encuadrar esta actividad en un tipo de responsabilidad estatal que permita el reconocimiento económico al perjuicio antijurídico cometido por el funcionario.

En síntesis, dos tipos de personas pueden llevar a cabo la actividad valuatoria tal y como se observó previamente, estas son: personas naturales o jurídicas de tipo privado, las cuales no requieren de requisitos específicos o especiales para el desarrollo de su actividad, a excepción de estar inscritos en las listas previamente explicadas, sus labores pueden ir dirigidas tanto al sector privado como al sector público dependiendo de quién los requiera. Y por otro lado tenemos a las personas que aunque pueden ser naturales o jurídicas como las de tipo privado estas sólo desarrollan su actividad de acuerdo a las peticiones o requerimiento del sector público, en especial al de la administración de justicia y las cuales a diferencia de las pasadas sí se encuentran plenamente reguladas y se exigen el cumplimiento de ciertos requisitos.

6. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AVALUADOR

6.1 SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad esta definida por el diccionario de la real academia de la lengua como: “deuda obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa, o de otra causa legal”.²¹

Por su parte, la doctrina ha definido la responsabilidad civil como la sujeción a una obligación de indemnizar o reparar por el daño causado²², por lo tanto, es posible decir que la responsabilidad surge entonces para restablecer el equilibrio perdido como consecuencia del comportamiento antijurídico de un sujeto, imponiéndole a este la obligación de reparar, es decir, intentando volver las cosas al estado en que se encontraban antes de ser afectadas por el comportamiento lesivo, de aquí se deriva su función indemnizatoria y no preventiva.

“La necesidad de conservar el equilibrio estable de los derechos y de los intereses de las personas de su vida en comunidad, ha sido considerada como la finalidad propia de la responsabilidad civil”.²³

El sistema jurídico adoptado en Colombia requiere por regla general tres elementos esenciales para su configuración. En primer lugar, se requiere la culpa del agente que causa el daño, culpa entendida en su acepción mas amplia referida no solo a la negligencia o culpabilidad sino también al dolo, el daño y el nexo causal. El ordenamiento jurídico Colombiano, a diferencia de otros ordenamientos se apoya sobre la base de la teoría subjetiva, la cual exige por regla general que exista una valoración negativa en el comportamiento del causante, es decir, se hace necesario un reproche en el comportamiento del agente para establecer su responsabilidad, éste debe haberse separado de un modelo de conducta establecido por la sociedad.

²¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima primera edición, tomo II, Editorial Espasa Calpe. Madrid. 1992. p. 1784.

²² AZUA GONZÁLEZ, CLARA I. Manual de derecho civil. 3ª Ed. Marcial Pons 2000, p. 468.

²³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. p. 13.

Así por ejemplo en otros sistemas como el Español, la responsabilidad civil se configura con base en cuatro presupuestos: un comportamiento o conducta, un daño, un nexo causal y la culpa del agente. Así, el artículo 1902 del Código Civil español establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Se observa entonces, como bajo este sistema la conducta se separa de la culpa, y se configura como un elemento autónomo para declarar la responsabilidad civil del agente.

“(…) según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27), sea admitida, se hace preciso la conjunción de los requisitos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y por último, la relación causal entre el daño y la falta”²⁴

Retomando lo anterior, la conducta puede ser culposa por negligencia, imprudencia, impericia, etc. Si la persona fue diligente y de todas maneras se produce un daño, no hay lugar a la reparación de los daños porque la conducta no fue reprochable. Sin embargo, excepcionalmente existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano algunos casos de responsabilidad objetiva donde se prescinde de la culpa del agente, de tal manera que no se tiene en cuenta el modelo de conducta a seguir (culpa), sino que por el contrario se analiza simplemente si se ha producido el daño o no, tal es el caso de los accidentes aéreos, donde es irrelevante la culpa del agente que causa el daño y de todas formas se debe indemnizar a los afectados.

En segundo lugar, es requisito esencial la existencia de un daño, es decir, que se produzca un menoscabo en la persona a nivel patrimonial o personal, o bajo la forma de un detrimento moral, si no existe el daño, no existe la obligación de reparar.

Sin embargo para que se entienda que existe jurídicamente un daño susceptible de ser indemnizado este debe reunir ciertos requisitos, tales como la **realidad y certeza** de su ocurrencia, existen algunos casos donde se presume el daño, por

²⁴ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO. Núm. 915/2006 (Sala de lo civil Sec.1) de 4 de Oct. Jurisdicción civil. Recurso de casación. Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ejemplo cuando se trata de intereses moratorios por incumplimiento de obligaciones de dinero, y la cláusula penal cuando se pacta como estimación anticipada de perjuicios, entre otros. Es posible hablar de un daño futuro cierto por tanto la certeza no significa que el daño ya haya ocurrido o este ocurriendo porque puede haber daños futuros, la certeza es la realidad del daño partiendo de la relación causal. La certeza también es diferente de la cuantificación, ya que esta última es un análisis posterior. El daño cierto se contrapone al daño hipotético o eventual, es aquel que surge de la imaginación del presunto damnificado, no tiene bases en la realidad y por tanto no es posible de probar, el daño también debe ser **directo**, es decir, que debe guardar una relación directa con el hecho cometido y el daño que se causó.

En materia de actividad valuatoria es clara la posible existencia de daños patrimoniales, por ejemplo, si se realiza un avalúo que mencione un valor inferior al valor real de un bien, y este bien es enajenado, el enajenante sufrirá un menoscabo en su patrimonio por la pérdida de la diferencia entre el valor real del bien y el valor por el cual fue enajenado. Por el contrario, no se ve de la misma manera la clara existencia de daños morales en la actividad valuatoria, ya que este tipo de daños hacen referencia al dolor, angustia, aflicción física o espiritual, y en general, a los padecimientos inflingidos a la víctima por el evento dañoso.

Y por último, es necesario demostrar tanto en el ámbito de responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, una relación de causalidad entre la conducta culposa del agente y el daño sufrido por el damnificado, es decir, el daño debe ser la causa directa de la conducta positiva o negativa del agente, entendiendo como causa “el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, de acuerdo con las leyes de la experiencia científica, de que un resultado se haya producido”²⁵.

Para establecer dicho nexo causal se han elaborado varias criterios tendientes a determinar cual o cuales de los antecedentes han de considerarse como causa relevante jurídicamente. Así, podemos señalar algunos de los criterios mayormente reconocidos la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la adecuación o de la casualidad adecuada, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa eficiente.

²⁵ AZUA GONZALEZ. Op. Cit. P. 485

Según la teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada, no todas las circunstancias materiales son relevantes para considerar la responsabilidad civil, por lo cual de entre todas las causas se selecciona la más adecuada, es decir aquel o aquellos antecedentes que normalmente lleven consigo un daño de la especie considerada; por su parte la teoría de la equivalencia de las condiciones, concede igual consideración a todos los antecedentes (causa, modo comportamiento), estimando causa a todo comportamiento cuya supresión hubiera determinado la no producción del daño, esta teoría genera grandes dificultades porque hay pluralidad de antecedentes, lo cual podría llegar hasta lo infinito, porque no puedo excluir ninguna antecedente ya que se pierde la causa, la teoría de la causa próxima señala que hay que considerar como causa la que se produce de forma inmediatamente anterior a la producción de un resultado, y por último según la teoría de la causa eficiente es causa aquel acontecimiento que tenga un mayor grado de incidencia o eficacia en la producción de un daño, se puede tomar de forma cualitativa o cuantitativa, desde el punto de vista de su eficiencia o de su impacto.

En Colombia es más aceptada la teoría de la equivalencia de culpas, así por ejemplo, la sentencia del 26 de enero de 2006 de la Corte Suprema de Justicia recurre a esta teoría para explicar la causalidad entre un incumplimiento contractual y la producción de un daño.

“...este planteamiento es correcto, desde que en la generación del perjuicio o lesión que reclama la demandante, concurrieron en estrecha comunión e interdependencia, el incumplimiento contractual por parte del Banco por el hecho de haber proporcionado aquellos talonarios de cheques, con palmario descuido de sus empleados, y el dolo del estafador, por otra”.

Al querer seleccionar la causa o causas jurídicamente más relevantes se parte de la base de que pueden existir conductas que causen un daño y no exista la obligación de reparación. Y esto se debe, conforme a la teoría de mayor acogida, a la consideración implícita de que no toda causa es causa jurídicamente relevante o causa en sentido jurídico.

Generalmente la responsabilidad civil se desarrolla bajo dos esquemas, cada uno encaminado a regular supuestos de hecho propios y con efectos diferentes²⁶, el primero llamado Responsabilidad Contractual, siendo aquella responsabilidad que se origina por la mora o el incumplimiento de una o varias obligaciones previamente adquiridas por un sujeto frente a otro en virtud de un contrato, mientras que la responsabilidad extra-contractual es aquella responsabilidad que surge cuando una persona causa un daño a otra sin que exista entre ellas un vínculo contractual previamente establecido.

Es importante señalar que algunos tratadistas amplían el supuesto de responsabilidad civil contractual señalando que la responsabilidad civil no solo se deriva por el incumplimiento de un contrato, sino que esta va mas allá, y cubre todos aquellos supuestos de incumplimiento de uno o varios deberes previamente determinados cualquiera que sea su fuente, al respecto Jacinto Gil Rodríguez precisa "la responsabilidad contractual procede no solo en los supuestos de incumplimiento de un contrato, sino también en todas las hipótesis de violación de una obligación preexistente entre incumplidor y dañado, cualquiera que sea la fuente de la que dicha obligación haya nacido", así, en este caso, no solo existirá responsabilidad civil ante el incumplimiento de una obligación cuyo origen se deriva de un contrato sino que también podrá existir responsabilidad civil por el incumplimiento de una obligación nacida en un cuasi contrato, como lo es por ejemplo la oferta comercial.

Sin embargo, en Colombia la jurisprudencia ha manejado este tipo de relaciones bajo el manto de la responsabilidad civil contractual bajo el entendido que el artículo 863 del código civil asigna una obligación específica a las dos partes, según la cual cada una debe comportarse de buena fe, así que de no hacerlo estará faltando a un deber específico establecido por la ley.

Pero esta no es la única diferencia que existe entre estas dos clases de responsabilidad civil, en materia contractual, siguiendo al derecho francés, pueden originarse dos tipos de obligaciones llamadas de medio y de resultado, si las obligaciones que se ven afectadas por el incumplimiento del contrato son de aquellas llamadas de medio, por regla general el demandante deberá demostrar la culpa, el daño y el nexo causal, pero si son de aquellas obligaciones que se

²⁶ A pesar del concepto de independencia de la normativa que regula cada tipo de responsabilidad, existen normas, que si bien hacen parte del título XII que regula la responsabilidad contractual, se aplican también a la responsabilidad civil extracontractual (por ejemplo artículos 1613 y 1614) y viceversa (título XXXIV).

denominan de resultado, demostrando el incumplimiento de la obligación se presumirá la culpa del deudor; mientras que en la responsabilidad extra-contractual el demandante siempre deberá demostrar la culpa del deudor, el daño y el nexo causal.

También, podemos decir que la responsabilidad contractual se origina por el incumplimiento de un deber específico, mientras que en la responsabilidad extra-contractual el deudor viola el deber genérico de no causar daño, en la responsabilidad civil contractual la obligación indemnizatoria es sustitutiva de la prestación original, la responsabilidad civil extra-contractual cumple una función primaria para satisfacer el daño o lesión.

En la Responsabilidad Civil contractual la indemnización se deberá pagar desde que el deudor se ha constituido en mora. Según el artículo 1608 del código civil la mora es el retardo culpable del deudor en la ejecución de la obligación, y al que adicionalmente se le ha reconvenido para el pago, salvo que esté en mora automática, y según este mismo artículo, esta ocurre una vez se vence el plazo o término y no se ha cumplido la obligación, o con la preclusión de la oportunidad para cumplir, cuando ha sido judicialmente reconvenido (el auto admisorio de la demanda también es una posibilidad de estar judicialmente reconvenido). En la responsabilidad civil extra-contractual se debe la obligación de indemnizar desde que se causa el daño. Por último, en materia de la prueba de la culpa, existe otra gran diferencia entre la responsabilidad civil contractual y la extra-contractual.

En la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio la parte que pretende la indemnización debe probar la culpa del demandado, porque es una carga probatoria del demandante, de lo contrario no prosperara su pretensión, salvo que el juez por los hechos del proceso deduzca la existencia de la culpa del demandado (principio carga probatoria).²⁷

²⁷ Existen también algunos casos especiales dentro de la responsabilidad extra-contractual donde el legislador presume la culpa del deudor, lo cual significa que se invierte la carga probatoria y le corresponde al demandado probar su diligencia o cuidado, tal es el caso de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, al respecto la ley menciona que aquel que tenga bajo su cuidado o guarda una cosa deberá responder por los daños que esta cause, es decir los daños causado por los animales domésticos, y las actividades peligrosas. Es importante señalar que a juicio de la Corte Suprema de Justicia los daños producidos por las ruinas de un edificio se encuadran en el sistema de culpa probada aun cuando gran parte de la doctrina señalan que pertenecen al sistema de culpa presunta.

En principio, en la Responsabilidad Civil contractual, según el artículo 1604 del código civil, la prueba de cuidado o de la propia diligencia debe alegarla quien ha debido tenerlo, y la del caso fortuito al que lo alega, es decir, que le corresponde probar la culpa a la persona titular del daño que pretende una indemnización.

Sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente en materia de responsabilidad contractual se ha introducido la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado creada por el derecho alemán y francés para establecer un régimen probatorio diferente según el tipo de obligación incumplida.

“En materia probatoria se distinguen entre las obligaciones de medio y las de resultado que pueda conllevar la responsabilidad civil contractual, para determinar conforme a la misma a quien corresponde la carga de la prueba en cada caso en particular”²⁸

Al respecto el Doctor Javier Tamayo señala que respecto a las obligaciones contractuales, la doctrina ha dicho que estas pueden ser de medio (o indeterminadas) o de resultado (o determinadas) para determinar a quien corresponde la carga de la prueba en un caso en concreto.

Las obligaciones de medio son aquellas obligaciones en las cuales el deudor se compromete a "la pura prestación de una actividad o hacer, el deudor cumple su prestación llevando a cabo la actividad de desplegar todos los medios para alcanzar un fin, poniendo para ello, la diligencia o pericia que corresponde o que se haya pactado de modo que responde por negligencia (si se prueba) y no por la falta de resultado (que queda fuera de la obligación)"²⁹ y las obligaciones de resultado aquellas obligaciones en las que "el deudor compromete una actividad con un resultado concreto, no solo debe hacer sino que deberá entregar. La no obtención del resultado comporta el incumplimiento de la obligación" ³⁰.

En las obligaciones de medio el acreedor debe probar la culpa del deudor para lograr su responsabilidad, mientras que en las obligaciones de resultado si el demandante demuestra el incumplimiento del demandado la culpa del deudor se

²⁸ LAFONT PIANETTA , Pedro. Corte suprema de justicia. Sentencia del 19 de Abril de 1993.

²⁹ GETE, Maria Del Carmen, ALONSO Y CALERA. Manual de derecho civil. 3ª Ed. Marcial Pons 2004, p. 78.

³⁰ Ibíd.

presume, y así la carga de la prueba se invierte y le corresponde probar al deudor su diligencia.

Al respecto señala la doctrina española:

“La doctrina y jurisprudencia dominante, basada en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en dolo o negligencia, estima que el acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de este, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del art. 1183, y en consecuencia, sobre el recae la carga de probar las causas por las que no le es imputable.

Si la obligación no es de resultado, sino de medios, el acreedor ha de demostrar que el deudor no ha empleado la diligencia requerida (S.s. de 13 de Julio de 1987 y 12 de julio de 1988).

...

En cambio el dolo que nunca se presume ha de ser probado pro el acreedor siempre.”³¹

En Colombia mediante las sentencias del 5 de Marzo de 1940 y sentencia del 12 de septiembre de 1985 de la Corte Suprema de Justicia, esta tesis no tuvo asiento y se dio aplicación al artículo 1604 del código civil, el cual como se mencionó anteriormente señala que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, y la prueba del caso fortuito al que lo alega, quedando entonces el acreedor obligado a probar la culpa del deudor, sin importar el tipo de obligaciones incumplidas, de la misma forma que se regula la carga de la culpa para la responsabilidad civil.

Sin embargo, es necesario resaltar que existe una sentencia reciente que introduce el criterio de la “carga dinámica de la prueba”, en la cual se establece que no es posible sujetarse a criterios rígidos o estáticos para definir quién debe probar, sino que cada sujeto procesal debe aportar las pruebas que tengan a su

³¹DIEZ-PICAZO, Luís y GULLON, Antonio. Sistema de derecho civil. 8ª Ed. Vol. II, Tecnos 1999, p. 1999.

disposición, y la parte más favorecida en la relación deberá aportar esos elementos de juicio y será quien finalmente tendrá la carga de la prueba.

"Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones "de moyens" y "de résultat", atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

De ahí, entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado".³²

"Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de

³² RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Corte suprema de justicia sala de casación civil. Magistrado Ponente. Bogotá, D. C., 30 Ene. 2001.

los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión”³³

En conclusión, podemos decir que en materia de Responsabilidad Civil contractual debemos aplicar el artículo 1604 del código civil, que exige demostrar la culpa del deudor, sin embargo, es necesario mirar si la obligación que se incumple es de medio, (caso en el cual el cumplimiento se da desplegando la diligencia), o de resultado (sólo se cumple con la satisfacción del acreedor que es al final el resultado), con el fin de tener en cuenta los medios de defensa que tiene el demandado, toda vez que si se trata de una obligación de medio se puede defender con la prueba de la propia diligencia y el hecho de un tercero, pero si la obligación es de resultado el demandado solo se podrá defender alegando un factor extraño.

Así, siempre se presumirá la culpa pero lo importante será utilizar los medios de defensa adecuados dependiendo del tipo de obligación.

Ahora, en lo que nos atañe, podemos decir que la actividad del evaluador se desarrolla principalmente dentro del marco de la responsabilidad civil contractual, toda vez que en la practica para el ejercicio su profesión, se requiere previamente la existencia de un contrato celebrado entre el evaluador ya sea persona natural o jurídica, publica o privada y la persona que solicita el avalúo, en donde este último encarga la realización del avalúo de cierto bien con el fin de establecer su valor comercial.

Desde el momento en que se solicita su servicio y el evaluador acepta, se configura entre estos un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual surge entre estos la obligación de satisfacer unos honorarios a cambio de la satisfacción de una obligación de hacer, la cual concretamente hace referencia a establecer el valor comercial de determinado bien. Finalmente el incumplimiento total o parcial, o cumplimiento defectuoso de esta obligación de hacer es el que puede llegar a generar la responsabilidad civil del evaluador.

Sin embargo, debe reconocerse que pueden llegar a existir algunos supuestos de responsabilidad civil extra-contractual del evaluador, es decir, pueden existir

³³ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Consejo de estado. Magistrado Ponente. Bogotá, D.C. 10 Feb. 2000.

ciertos eventos en los cuales el evaluador llegará a hacerse responsable de los daños que cause con su actividad sin necesidad de que exista un vínculo contractual previamente establecido, por ejemplo, en el caso en que se estime públicamente el valor de un bien por debajo de su valor real, sin que se haya contratado o solicitado el avalúo y este hecho desacredite el bien y posteriormente los posibles adquirentes solo querrán adquirirlo por el valor expresado o por un valor inferior al real.

Existe un caso en concreto como es el consagrado en el artículo 86 de la ley 510 de 1999 que dispone:

“Cuando se entreguen bienes en dación en pago de créditos hipotecarios a los establecimientos de créditos acreedores, se tomará como base el valor comercial de los inmuebles el que sea mayor entre el último avalúo comercial vigente...”

En este caso en particular la entidad bancaria o establecimiento de crédito contrata un evaluador para los fines mencionados, sin embargo puede ocurrir que el deudor del mismo, quede inconforme respecto del avalúo practicado, y su bien inmueble no sea suficiente para el saldo de su deuda, a lo contrario de lo que él piensa, en este caso en particular se constituye la existencia de la ya denominada responsabilidad extracontractual, en donde el afectado deberá acudir a los medios de defensa que previamente se han desarrollado.

Caso similar ocurre, cuando el Estado debe adquirir ciertos bienes inmuebles de propiedad privada, con el fin de cumplir con los motivos de utilidad pública preestablecidos legalmente, caso en el cual al Estado sólo le es posible adquirir los bienes al precio fijado en un avalúo comercial, elaborado ya sea por el IGAC o por las lonjas. El administrado puede verse inconforme respecto del avalúo elaborado, y no tiene previamente un vínculo contractual que lo legitime para la exigencia del cumplimiento de sus obligaciones.

Ambos casos denotan la existencia de responsabilidad extracontractual a la cual se puede ver sometido tanto el evaluador privado como el público, casos en los cuales el administrado o particular deberá acudir a los medios judiciales eficientes para hacer valer sus pretensiones. En el caso de ser un perito evaluador auxiliar de justicia, se seguirá un procedimiento particular establecido previamente en la ley. Para el evaluador del primer caso, la situación es menos regulada, ya que

éste deberá iniciar las acciones civiles que cumplan con sus pretensiones y que busquen discutir el valor comercial dado por la parte.

6.2 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Tal y como quedó expuesto, la actividad del evaluador es una actividad profesional, y por lo mismo, la jurisprudencia y la doctrina han venido predicando que la obligación del profesional deberá ser por regla general una obligación de medio, es decir, que su cumplimiento dependerá exclusivamente del comportamiento que asuma el evaluador, y se deberá analizar si éste utilizó todos los medios que tenía a su alcance para lograr el resultado acordado, el cual será en el caso del evaluador, establecer el valor del bien objeto del avalúo. Sin embargo, también pueden surgir algunas obligaciones de resultado, como puede ser el caso de entregar el avalúo el día y hora convenida por las partes.

Al respecto, el doctrinante Jorge Suescun Melo, citando a Pascual Estevill, señala que por lo general la obligación del profesional consiste en “la utilización de un simple medio o bien en la observancia de la diligencia, prudencia y pericia que la ocasión reclame, con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor profesional.

“...De ahí que precisamente la doctrina del derecho comparado manifieste que la responsabilidad profesional es eminentemente subjetiva, pues es en este campo en el que la noción de culpa conserva un lugar de privilegio.³⁴

Esto implica que si la obligación incumplida es una obligación de medio, el demandado podrá demostrar su diligencia, aun cuando no se hubiere producido el resultado esperado, para defenderse del pleito, y por el contrario si es una obligación de resultado solo podrá probar la existencia de un factor extraño.

En materia de responsabilidad civil profesional el concepto de culpa guarda gran importancia, toda vez que para poder deducir la responsabilidad de un sujeto que para el ejercicio de su actividad requiere por un lado de especiales conocimientos técnicos y prácticos y por otra parte actuar con suma previsión y diligencia, el juez

³⁴ ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL CONTEMPORÁNEO. TOMO 1. 2ª Ed. P. 433. Citando a PASCUAL ESTEVILL, L. Derecho de daños. Barcelona. 1995 Tomo II pagina 729y ss.

deberá analizar si este asumió o no determinado comportamiento de acuerdo a un modelo de conducta o un punto de referencia, que dependerá de las reglas propias técnicas o científicas de la labor que ejerce.

Existen algunos criterios para apreciar la conducta del sujeto profesional y determinar así su responsabilidad, partiendo de la base, de que su comportamiento se debe mirar de una forma mas estricta que la de cualquier otro, puesto que se supone que éste se encuentra mas preparado para desarrollar su actividad, lo que supone una mayor compromiso con la sociedad. Así, estos intereses se pueden resumir en a) Intereses en juego: son aquellos intereses de tipo humano que tiene una persona para acudir a otra en busca de sus servicios, b) Técnica empleada: se tiene en cuenta el grado de especialización y el lugar donde se presta el servicio, y c) Reglas corporativas: las reglas propias de cada profesión.

Es importante resaltar, que es necesario la culpa en la conducta o comportamiento del deudor para establecer la responsabilidad del mismo, ya que tal como se dijo previamente ésta constituye uno de los presupuestos básicos en la responsabilidad civil, y será necesario que la ley disponga expresamente aquellos casos que no requieran el elemento de la culpabilidad para establecer la responsabilidad del deudor, al respecto la Corte Suprema de justicia menciona en la sentencia de casación civil del 31 de mayo de 1938 “ la culpa, tanto en materia contractual como delictual continua siendo la base para la responsabilidad civil”.

Además, en virtud del principio de buena fe que gobierna todos los contratos, el profesional no solo deberá adoptar determinado comportamiento siguiendo las reglas propias de su profesión u oficio, o ceñirse a las reglas pactadas en el contrato convenido, sino que deberá ir mas allá de lo que estos señalan, de forma que cumpla su obligación teniendo en cuenta todas aquellas cosas que emanen de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

El principio de la buena fe merece gran reconocimiento en el ámbito contractual, toda vez que se erige como principio general de derecho que rige y condiciona todo el desarrollo de un contrato, y es de tal importancia puesto que permite suplir aquellos vacíos que deja la ley, y le otorga a las partes credibilidad y confianza sobre las expectativas que las mismas crean alrededor de un contrato. Sin embargo, debe resaltarse que dicho principio no solo debe regir la etapa contractual, sino que por el contrario debe estar presente en todos y cada uno de los actos de los individuos en la vía contractual, al respecto el Doctor Arturo Solarte menciona: “La buena fe contractual tiene aplicación no solo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la

formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información. Así mismo, en esta etapa se manifiesta en el deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se puedan causar, particularmente por el denominado “daño in contrahendo”. Por otra parte y ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos prescribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, he impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas.”³⁵ Citando el anterior texto para afirmar y concluir que el principio de la buena fe debe estar presente no solo durante el desarrollo del contrato sino también durante la etapa pre-contractual.

Existen algunas pautas que nos permiten exigir un comportamiento más riguroso del profesional atendiendo a la naturaleza de la labor que desarrolla, tal es el caso de la *lex artis*, concepto introducido doctrinariamente para establecer las reglas propias de cada profesión y señalar en que eventos el profesional desborda la técnica de su labor y de esta manera encontrar en que casos debe hacerse responsable por su descuido o inoperancia.

En conclusión, el comportamiento del evaluador por ser este un profesional, deberá revestir un grado de previsibilidad y prudencia definido por las reglas o técnicas propias de su profesión, por encima del que ordinariamente se le exige a una persona del común, es decir, no se podrá comparar con aquel comportamiento que comúnmente se le exige a un buen padre de familia sino que deberá compararse con el comportamiento de un semejante laboralmente.

“El ejercicio de las profesiones liberales, que en la mayoría de los casos es la consecuencia de un acto jurídico, lleva anexa en su realización y ejecución la responsabilidad civil del profesional; de manera que las relaciones jurídicas entre éste y su cliente no están circunscritas únicamente a una actuación pasajera y fugaz, sino que trascienden a la orbita mas amplia de la responsabilidad. No es el ejercicio de estas profesiones solamente la aplicación de los principios técnicos y

³⁵ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: Revista Universitas No. 108. p. 289.

científicos, sino que también esta condicionada a normas protectoras del individuo y de la sociedad que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional. La técnica y la moral condicionan por lo tanto el ejercicio honesto de dichas profesiones. Sin la primera la acción del profesional es científicamente censurable; sin la segunda, esa acción puede convertirse en una actividad peligrosa.”³⁶

Finalmente debe precisarse que cuando exista el incumplimiento de obligaciones de medio como aquella en virtud de la cual el evaluador se compromete a realizar un avalúo, el deudor solo podrá demostrar la propia diligencia o el hecho de un tercero para exonerarse de responsabilidad, y ante el incumplimiento de aquellas obligaciones de resultado como por ejemplo entregar el avalúo en la fecha señalada, el evaluador solo podrá exonerarse demostrando un factor extraño.

6.3 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AVALUADORAS

Es importante entrar en el análisis de la responsabilidad civil de las personas jurídicas teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos el evaluador hace parte de una persona jurídica llamada Lonja o puede también hacer parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y por que es ante ésta institución a quien acude la persona para solicitar el avalúo, y quien finalmente se encarga de designar un evaluador de entre todos sus miembros para realizarlo.

Con base en el artículo 2347 del Código civil, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que las personas jurídicas, sujetos con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, pueden ser declaradas civilmente responsables y así mismo obligadas a indemnizar los perjuicios que causen ya sea contractual o extra-contractualmente por el actuar de sus empleados o dependientes.

En un principio la responsabilidad civil de las personas jurídicas era una responsabilidad indirecta en virtud de la mala elección y vigilancia que la empresa tenía sobre sus dependientes con base en el artículo 2347 y 2349 del código civil, así mismo el empleador podía eximir su responsabilidad si demostraba que había sabido elegir y vigilar al dependiente.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 5 de marzo de 1940.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia “la responsabilidad extracontractual de los patronos por el hecho de los subordinados se funda en la idea de culpa en la elección (in eligendo) o en la vigilancia (in vigilando). Dentro de este criterio básico, si el llamado a juicio de indemnización demuestra que si supo elegir y vigilar al dependiente, ninguna responsabilidad podría deducírsele de un hecho sobre el cual aparece exento de culpa. Es la hipótesis en que los patronos no han tenido manera de prever o impedir con el cuidado ordinario y la autoridad que les compete, el daño causado por sus dependientes con ocasión del servicio y por el modo impropio de cumplirlo”³⁷.

Pero, la anterior tesis fue superada estableciendo un régimen de responsabilidad directa de la persona jurídica resultante del deber social de vigilar a las personas y cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas, y sus actos.

En sentencias de la Corte Suprema de Justicia ésta manifestó que la responsabilidad directa es diferente de la indirecta en cuanto en la primera hay dualidad de culpas, la del patrón al no saber elegir y vigilar y la del dependiente, mientras que en la responsabilidad directa solo hay una culpa, si se tiene en cuenta a la persona jurídica como un ente moral inseparable de sus agentes, incorporados a esta de manera que sus actos son propios de la persona moral.

El artículo 2347 del Código civil consagra en su inciso primero una cláusula general con base en la cual puede surgir una responsabilidad por la relación de subordinación de cualquier tipo que existe entre dos personas.

“RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

El inciso segundo y tercero señalan:

“Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

³⁷ Sentencia de Casación Civil del 10 de Mayo de 1962

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.”

Según este artículo la responsabilidad civil recae sobre la persona que tiene a su cargo el cuidado de las que allí se mencionan, consagrando la llamada culpa in vigilando, que se origina por la falta de vigilancia del empresario en la actividad del empleado.

Por su parte, el artículo 2349 consagra la llamada culpa in eligendo, es decir, aquella que se origina por la elección errónea de los empleados o dependientes y señala expresamente:

“DAÑOS CAUSADOS POR LOS TRABAJADORES. Los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores.”

Este artículo contiene una presunción de culpa en contra del empresario, según la cual, si el demandante demuestra la culpa del trabajador, el daño y el nexo causal, se presume la culpa del empresario, lo cual significa que le corresponderá a este la prueba de la diligencia en la elección y vigilancia del trabajador, para poder exonerarse de toda responsabilidad.

En España esta presunción de culpa en contra del empresario, se ha calificado como un supuesto de cuasiobjetivización de la responsabilidad civil, ya que en la mayoría de los casos el Tribunal Superior termina condenando a los empresarios por el hecho de ser empresarios, eliminando toda posibilidad de desvirtuar la presunción de culpa.

“Sin embargo, en la perspectiva actual, la cuasiobjetivización no conduce solo a prescindir de facto de la culpa, y ha que hablemos de una responsabilidad objetiva (en sentido de sin culpa del sujeto

responsable, art. 1903), sino que, en el grupo de casos a los que nos estamos refiriendo, ello determina obviar también la exigencia de un comportamiento o conducta propios: la responsabilidad se atribuye por ostentar determinada condición (De ángel).³⁸

En Colombia y en casi todos los sistemas jurídicos, para que haya responsabilidad directa de las personas jurídicas es necesario que el demandante demuestre ciertos elementos básicos, a saber, un hecho culposo que cause un daño y la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre una persona jurídica y el autor del daño.

Sin embargo, este tema recibe un interés especial por la difícil tarea de establecer en qué caso una persona se encuentra bajo la dependencia o subordinación de otra, requisito fundamental para establecer la responsabilidad civil de la persona jurídica por el hecho de sus empleados.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de Marzo de 1996 (magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo) manifestó que dicha relación no tenía como única fuente el contrato laboral o en el plano civil el arrendamiento de servicios, diciendo que “lo que en verdad importa es, que para obrar el autor material del daño haya dependido de una autorización del empresario civilmente responsable, luego es claro que la “dependencia” por la que se indaga habrá de resultar de una virtual potestad de control y dirección sobre la conducta de otro, independientemente de que esa labor de origen del evento dañoso tenga o no propensión de continuidad y sin que, de igual forma, sea necesaria la existencia de retribución para quien presta el servicio”.

La jurisprudencia española, considera que existe relación de dependencia o subordinación cuando el comitente mantiene de algún modo el derecho a dar ordenes e instrucciones, supervisar y controlar el cumplimiento (Sentencias del 26 de noviembre de 1990, del 30 de octubre de 1991 SSTS)

Por regla general, el sistema utilizado en las lonjas para hacer avalúos consiste en la incorporación de personas que por su especial conocimiento del tema y por revestir ciertas características especiales están en capacidad para determinar el valor de un bien, llámese evaluadores. Este tipo de vinculación genera entre la

³⁸ ASUA GONZALES. LARA I. Manual de derecho civil. 3ª Ed. Marcial Pons 2004, p. 497.

lonja y el evaluador una relación de dependencia, toda vez que, aun cuando se trata de un contrato de prestación de servicios, es decir, un contrato donde no existe la posibilidad de dar ordenes, el trabajo realizado por el evaluador requiere la revisión, aprobación y autorización de la lonja, para ser finalmente presentado al cliente en su nombre como un avalúo corporativo.

Corolario a lo anterior podemos concluir que cuando el daño sea producido por un evaluador que se encuentra bajo la dependencia de una persona jurídica llámese lonja o llámese Instituto Geográfico Agustín Codazzi, esta última será quien deberá responder patrimonialmente por los daños causado en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, es necesario resaltar que la ley establece un tratamiento especial para la responsabilidad civil de las lonjas, ya que el artículo 11 del Decreto 1420 de 1998 establece un régimen de responsabilidad especial, en el cual la lonja es solidaria con el evaluador en el pago de los perjuicios. De esta manera la ley apartándose del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, establece que siempre que el avalúo provenga de una lonja, ésta será solidariamente responsable junto con el evaluador que lo produce, esto significa que el demandante solamente deberá probar la existencia del daño, de un hecho culposo, y de la relación de dependencia entre el evaluador y la lonja, y podrá indistintamente demandar a uno o a otro para el pago de los perjuicios que sufra en virtud del avalúo, y este ultimo deberá pagar la totalidad de lo debido.

“Artículo 11: La entidad privada a la cual se le solicite el avalúo y la persona que lo adelante, serán solidariamente responsables por el avalúo realizado de conformidad con la ley.”

Cuando el evaluador, sea de aquellos que actúan al interior de un proceso judicial, en virtud del peritazgo solicitado por las partes o por el juez, los daños causados por el ejercicio de éste podrán ser asumidos por el Estado, toda vez que en este caso el evaluador obra como un auxiliar de la justicia, y por ende hará parte de la estructura estatal, y así mismo estará ejerciendo una función pública, bajo el título de imputación por la indebida administración de justicia, sin embargo el Estado podrá repetir contra este evaluador para obtener dicho pago.

Al respecto el artículo 3 del Acuerdo 1518 de 2002 señala:

“Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben desempeñar personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación, incuestionable imparcialidad, versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, con título profesional, tecnológico o técnico legalmente expedido”.

6.4 FORMAS DE OBTENER LA REPARACIÓN

Siempre que se presente un incumplimiento contractual surge el derecho a buscar el cumplimiento a través de diversas formas, mediante la ejecución forzada o coactiva, la Indemnización de perjuicios, la Acción resolutoria o la Acción pauliana.

Una vez la obligación se hace exigible, el acreedor tiene la facultad de demandar la ejecución forzosa de la obligación prometida, esta ejecución puede ser de dos maneras diferentes, a) La innatura o en especie, es decir cobrando la prestación propiamente dicha, o b) equivalente pecuniario, es decir, cuando la prestación no se puede cumplir de la manera originalmente concebida se puede cobrar el valor en dinero equivalente a la prestación incumplida.

La indemnización de perjuicios o responsabilidad civil, como ya lo mencionamos anteriormente es la reparación de los daños causados, y que en materia contractual surge por los perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato.

Existen dos conceptos importantes en el tema de incumplimiento de la obligación:

La indemnización compensatoria es aquella que busca sustituir o reemplazar la prestación incumplida, puede ser total o parcial dependiendo de si el incumplimiento fue total o parcial. Esta indemnización es subsidiaria ya que reemplaza la prestación original, no se puede pedir simultáneamente la prestación original y la compensatoria porque estaría el acreedor pidiendo 2 veces lo mismo; mientras que la indemnización moratoria es aquella que se pide cuando lo que se pretende es resarcir o reparar los perjuicios causados por el retardo del deudor así esta indemnización es complementaria y por tanto podría coexistir con la prestación original.

Por su parte la Acción resolutoria consiste en la acción que tiene el acreedor para solicitar al deudor el cumplimiento de la prestación debida o la resolución del contrato, es decir que todo vuelva al estado en que se encontraban las partes antes de contratar, con esta acción el acreedor tiene dos alternativas que puede escoger según su parecer, pero solamente puede escoger entre una de estas dos, y el uso de una extingue la posibilidad de ejercer la otra.

De acuerdo con el artículo 1546 del código civil,

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios."

Y por ultimo encontramos la Acción pauliana, acción nacida en el derecho romano (del nombre de cierto pretor Paulus), en virtud de la cual el acreedor pretende recomponer el patrimonio del deudor que se ha insolventado en perjuicio de sus acreedores.

6.5 FORMAS DE EXONERACIÓN

Con el fin de desvirtuar un eventual juicio de responsabilidad, el demandado podrá adoptar cualquiera de las siguientes vías:

a) Demostrar la existencia de un factor extraño es decir demostrar que el daño se produjo por un caso fortuito o fuerza mayor, por la conducta de la víctima o por el hecho de un tercero, y esto permite que se rompa la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta del acreedor, con esto lo que se alega es que se ha roto el nexo causal aun cuando exista la culpa del acreedor, así lo que se busca es rebajar un poco la indemnización a cargo del acreedor.

1. El hecho o culpa de la víctima. Ocurre por que el resultado dañoso muchas veces está ocasionado por la propia víctima ya sea por su acción o

por omisión, en algunos casos puede romper el nexo causal, pero hay casos en que la acción de la víctima ayuda a que se agrave el daño, el cual en principio pudo ser menor, en este caso en concreto se da una concurrencia de culpas o compensación de culpas: la culpabilidad del demandado no elimina la culpabilidad del demandante solamente implica que se rompa el nexo causal. Lo importante es que se reduce el monto que tiene que pagar el demandado y el resto lo asume la víctima. Si la víctima es incapaz de cometer culpa, ya sea porque es menor de 10 años o es demente, pero se es imprudente de todas formas hay que responder.

2. **El hecho de un tercero.** Hay que mirarlo desde el punto de vista que debe ser un tercero extraño que no tiene relación con las partes, no será un tercero de quien se tiene la obligación de responder, como en el caso del padre que dice que no tiene nada que ver porque su hijo no sabe lo que hace y que él no responde. No debe tener relación de subordinación con el demandado, la participación debe ser exclusiva y la causante del hecho.

3. **Caso fortuito o fuerza mayor.** El vínculo de causalidad también se rompe cuando la ocurrencia del daño no se debe al hecho de nadie. Algunos doctrinantes hacen la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, entendiendo por " caso fortuito" a lo que acontece inesperadamente o sea lo imprevisible; la fuerza mayor alude a lo irresistible, es decir a lo inevitable".

"Al respecto, el tratadista austríaco Exner, afirma que "el criterio distintivo entre el caso fortuito y la fuerza mayor radica en el origen de las causas productoras del hecho, si ellas son extrañas a la explotación industrial o comercial de que se trate (tempestades, inundaciones, ordenes de autoridades, hechos de terceros, (etcétera.), el caso es de fuerza mayor, si las causas son inherentes a la explotación misma (roturas de máquinas, estadillo de calderas, etcétera.), nos hallamos ante un caso fortuito." ³⁹

Sin embargo la legislación en Colombia, no hace distinción alguna entre uno y otro concepto y define la fuerza mayor o el caso fortuito en el artículo 64 del Código Civil así: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

³⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo II, página 919.

Entonces podemos concluir finalmente que la fuerza mayor o el caso fortuito es aquel evento que no depende de la voluntad de un sujeto, y al cual el hombre no puede resistirse, ni evitarlo.

Por otra parte, existen ciertos elementos o caracteres indispensables para definir la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor, estos son: la imprevisibilidad, y la inevitabilidad.

La imprevisibilidad significa que no se puede esperar que el hecho ocurra, mientras que la inevitabilidad significa que una vez ocurra el hecho o se sepa que va a ocurrir, no se puede realizar ningún acto con el fin de evitar su suceso.

b) También el acreedor podrá probar su propia diligencia para eximir su responsabilidad, como ya lo mencionamos anteriormente, si existe un incumplimiento contractual que ha causado un daño se presume que éste proviene del deudor, entonces él deberá probar su propia diligencia con el fin de desvirtuar la presunción de culpabilidad que corre en su contra (Artículo 1604 del Código civil) mientras que en materia extra-contractual si el acreedor prueba la negligencia del deudor le corresponde a este desvirtuarla.

Finalmente, tratándose de personas jurídicas, éstas podrán exonerarse demostrando que fueron diligentes en la elección y vigilancia del dependiente o demostrando que el dependiente utilizó sus funciones con fines diferentes a los acordados.

c) Por último el acreedor podrá alegar la inexistencia del daño, como elemento fundamental para la configuración de la responsabilidad civil.

7. CONFLICTO DE INTERESES

Existe conflicto de intereses en el ejercicio de una profesión u oficio cuando una persona en un caso determinado se encuentra ante ciertos hechos o circunstancias que pueden afectar la objetividad o imparcialidad de su labor. En este caso en concreto, y para efectos de la presente investigación, el conflicto de intereses ocurre cuando un evaluador que tiene el deber de actuar en interés de un cliente, tiene también el deber de defender intereses opuestos a los de ese mismo cliente o cuando se encuentra en una situación que pudiera inducirlo a actuar en contra de los intereses de ese mismo cliente, ya sea por razones de dinero u otro motivo.

Por ejemplo tal es el caso del evaluador que fija sus honorarios en función del valor que arroja su propio avalúo, o aquel evaluador que asesora simultáneamente al comprador y al vendedor.

Con el fin de corregir esta situación y evitar conflictos entre las partes en un contrato de avalúo, el legislador, ha dispuesto ciertas normas estableciendo en ellas que no podrán ser evaluadores aquellas personas que tengan algún interés directo o indirecto en el resultado del avalúo así como aquellas que tengan cualquier vínculo con las partes afectadas.

El artículo 86 de la ley 510 de 1999 dispone:

"En todo caso, los avalúos comerciales que sirvan de sustento, tanto para el otorgamiento del crédito como para el perfeccionamiento de las daciones en pago, deberán ser realizados por personas que no tengan vinculación directa o indirecta con el respectivo establecimiento de crédito, o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil con los directores y administradores del mismo. Además se tratará de personas que gocen de comprobada idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia."

Decreto reglamentario 422 de 2000:

Artículo 1°. Criterios a los que deben sujetarse los avalúos. Sin perjuicio de las disposiciones legales referidas al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y a otras autoridades catastrales, los avalúos observarán los siguientes criterios:

1. Objetividad. Se basarán en criterios objetivos y datos comprobables, cuyas fuentes sean verificables y comprobables.

2. Certeza de fuentes. La información, índices, precios unitarios, curvas de depreciación o proyecciones que se utilicen deben provenir de fuentes de reconocida profesionalidad y, en todo caso se revelarán.

3. Transparencia. Expresarán todas las limitaciones y posibles fuentes de error y revelarán todos los supuestos que se hayan tomado en cuenta.

4. Integridad y suficiencia. Los avalúos deben contener toda la información que permita a un tercero concluir el valor total del avalúo, sin necesidad de recurrir a fuentes externas al texto. Adicionalmente, debe ser posible verificar todos los cálculos que soporten el resultado final y los intermedios.

5. Independencia. Los avalúos deben ser realizados por personas que, directa o indirectamente carezcan de cualquier interés en el resultado del avalúo o en sus posibles utilidades, así como de cualquier vinculación con las partes que se afectarían. Los evaluadores no podrán tener, con los establecimientos de crédito, los deudores o acreedores, ninguna relación de subordinación, dependencia o parentesco, ni estar incurso en las causales de recusación a las que se refiere el artículo 72 de la Ley 550 de 1999, no pudiendo existir, en ningún evento conflicto de intereses.

6. Profesionalidad. Los avalúos deben realizarse por personas inscritas para la especialidad respectiva, en la lista correspondiente o en el Registro Nacional de Avaluadores.

En interpretación de la Superintendencia de Industria y Comercio "Lo que se busca con la incompatibilidad anteriormente citada es que el evaluador pueda actuar con total independencia frente a las partes afectadas con el resultado del avalúo, ya que la figura de la incompatibilidad esta dirigida a impedirle a su titular el ejercicio de ciertas actividades en razón de la función que está desempeñando puesto que puede existir una acumulación de intereses inconciliables, capaces de afectar la independencia y la imparcialidad de sus actuaciones"⁴⁰

La anterior norma rige no solo para los evaluadores inscritos en el registro que para el efecto lleva la Superintendencia de Industria y Comercio sino para todos aquellos evaluadores que pretendan hacer un avalúo.

Así de esta manera vemos, que existe una norma específica que regula el evento en que un evaluador, tenga un interés en el resultado del avalúo que pueda afectar su objetividad o imparcialidad, por lo cual ante este evento deberá renunciar a su calidad de evaluador en el caso donde surja el conflicto.

⁴⁰ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto número 00046757 28 de julio de 2000.

8. CONTENIDO Y ALANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL AVALUADOR

En ese capítulo se abordará de forma más precisa y restringida las obligaciones que debe asumir el evaluador por causa de los contratos celebrados para el desarrollo del avalúo que se solicite.

Es importante precisar que el evaluador no sólo está sujeto al cumplimiento de las obligaciones del contrato celebrado para la realización del avalúo respectivo, sino que además deben cumplirse ciertas obligaciones que no son de orden privado, donde puede existir la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales tiene carácter imperativo, y son las que aseguran la calidad del avalúo que se lleva a cabo.

En ese orden de ideas, el evaluador, por regla general, desempeña sus funciones a través de un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual se caracteriza principalmente por la carencia de subordinación en la relación contractual, es decir, el evaluador no se encuentra sometido a ningún tipo de autoridad laboral para el desempeño de su actividad, de esta manera realiza su actividad valoratoria con independencia.

Ha señalado la Corte Constitucional que “el contrato de prestación de servicios es “una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, solo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción”⁴¹. (Subrayado fuera de texto)

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-214 del 10 de marzo de 2005.Sala de revisión.

Aunque a lo que se hace referencia en el caso aducido por la Corte es respecto al campo administrativo, esta definición es de carácter general para todos los casos, cabe resaltar que se acude a esta figura contractual por la formación especializada a quién es solicitado los servicios. De tal manera, que es por esta razón que no sólo la administración sino las diversas personas, ya sean naturales o jurídicas, solicitan los servicios prestados por los evaluadores, por su claro conocimiento y especialización en la materia.

De esta forma, bajo la figura del contrato de prestación de servicios profesionales expuesto previamente las partes pactan y conciertan las diversas obligaciones a las cuales estarán sujetos tanto el contratante como el evaluador.

En ese orden de ideas, las primeras obligaciones a las cuales el evaluador se encuentra sometido son a las estipuladas por las partes del contrato, las cuales de ser incumplidas acarrear lo que previamente se expuso como responsabilidad contractual, a la cual simplemente se encuentran sometidas por la falta de cumplimiento de las condiciones pactadas en el acuerdo de voluntades.

Ahora bien, es posible que por el ejercicio de sus actividades causen un perjuicio, caso en el cual se estaría ante la presencia de una responsabilidad profesional, la cual ha sido analizada anteriormente.

Por otro lado, el evaluador no sólo está sometido a las obligaciones pactadas bajo la autonomía de la voluntad de las partes, sino a todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio de su profesión.

Tal y como se expuso previamente, la actividad valorativa es una profesión, que como todas puede llegar a desarrollarse por entidades colegiadas, y además por todas aquellas normas y principios que rijan su profesión. De tal manera, que debe sujetarse a un código de ética, el cual guarda los lineamientos y principios mínimos que deben seguirse para conservar el decoro y la legitimidad de la profesión.

Los evaluadores cuentan con un organismo de control y dirección que les permite orientar el desarrollo de su profesión, tal organismo es el denominado El Consejo Nacional de Evaluadores. Dicho órgano expidió el denominado código colombiano de ética del evaluador, el cual debe ser acogido por todas aquellas personas tanto

naturales como jurídicas, en el caso de las agremiaciones como las lonjas de propiedad raíz o las diversas agremiaciones de evaluadores.

Al respecto al código establece “Todas las entidades gremiales reconocidas por el Registro Nacional de Evaluadores, tales como las Lonjas, Asociaciones Inmobiliarias, Sociedades Colombianas de Evaluadores, etc., están obligadas a cumplir a hacer cumplir a sus afiliados el presente Código de Ética, las tarifas, las sanciones por transgresiones que les sean impuestas y las demás normas establecidas por el Consejo Nacional de Evaluadores o por los Consejos Regionales.”⁴²

De igual manera tal y como se mencionó previamente los evaluadores no sólo están sujetos al cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus contratos de prestación de servicios profesionales, sino que deben además sujetarse a las normas éticas de su profesión.

El código colombiano de ética dispone entonces lo siguiente: “El Profesional Evaluador debe reconocer que su actividad se realiza en un medio social y por lo tanto, está obligado a guardar severamente los preceptos que, en una u otra forma, regulan su conducta en sociedad: oral, derecho lealtad, urbanidad.

La primera, en cuanto racionalmente le señala por simple deducción lógica los rudimentos de su comportamiento; el segundo en cuanto le prescribe las reglas que, inspiradas en el sentido de justicia, se encaminan a realizar el bien común; la tercera en cuanto virtud y patrón que dignifican su trato con los colegas y clientes; y la cuarta, en cuanto patrimonio de hombres civilizados, que debe ser conservado con dedicación y orgullo.”⁴³

El evaluador debe ser prudente al momento de emitir sus conceptos acerca del tema del cual goza un especial conocimiento, ya que en aquello en lo cual no sea especialista no podrá arbitrariamente determinar el valor de lo que se le solicita. Así mismo dispuso al respecto el citado código: “Del Evaluador, como de ningún

⁴² CÓDIGO COLOMBIANO DE ÉTICA DEL EVALUADOR. Art. 1

⁴³ *Ibíd.* Art. 2

otro profesional, se exige un dominio universal de cuanto aspecto toca con el objeto de su profesión. Pero la buena fe y la prudencia en su ejercicio deben indicarle a requiere invocar el auxilio de otros profesionales y no invadir sectores de los cuales tiene “un conocimiento precario” o están reservados por la Ley a otras profesiones”⁴⁴

Ahora bien un evaluador, además deberá cumplir las normas estrictas que determinó la ley y las normas técnicas, dependiendo del tipo de avalúo que se efectúe, de tal forma que serán distintas las obligaciones y requisitos que deba cumplir el avalúo, dependiendo de la clase, tal y como se mencionó.

Así, aunque existen requisitos de carácter técnico, previamente establecidos por la ley, a través, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, éstos no son los únicos que estrictamente deben cumplirse, sino que además debe tenerse en cuenta factores como el tipo de bien que se avalúa, sus condiciones, etc. Lo cual me determina la variación de las obligaciones.

Lo anterior es relevante, ya que al momento de determinar la responsabilidad del evaluador, éste no se eximirá de sus responsabilidades sólo por el hecho de haber cumplido con las obligaciones contractuales y los requisitos mínimos técnicos consagrados por el IGAC, sino que tal, y como se dispuso previamente deberá además llevarse a cabo los requisitos que la ley expresamente disponga en el caso concreto. Serán así, diferentes los avalúos que traten de determinar el valor comercial de un predio considerado reserva forestal, que uno que se encuentra plenamente disponible en el mercado comercial.

⁴⁴ Ibíd. Art. 6.

9. CONCLUSIONES

A lo largo de la investigación se visualizó que la actividad valuatoria para los casos en que sea colaboradora de los fines estatales, ya sea porque se contrate directamente un evaluador por parte del Estado o simplemente el evaluador actúe como auxiliar de justicia, es una actividad plenamente reglada.

El legislador se ha ocupado de regular esta actividad, por el riesgo social que implica la utilización de recursos públicos, de tal forma que cada uno de los pasos empleados para la elaboración de los avalúos del estado, se encuentra previstos en la ley, las metodologías y procedimientos están plenamente establecidos por la ley, lo que implica que el administrado y todos aquellos que se puedan ver afectados por el avalúo, tengan una mayor seguridad jurídica, ya que existe conocimiento previo de los procedimientos empleados por el evaluador para la determinación del valor comercial del inmueble.

Si existe conocimiento de las metodologías que deben emplearse, es posible exigir del evaluador la falta o errónea aplicación de alguno de los métodos o procedimientos que deben seguirse.

Cosa distinta ocurre con los avalúos elaborados para las relaciones entre los particulares, los cuales no gozan de una normatividad que brinde el conocimiento a la sociedad de los métodos valuatorios empleados, o los procedimientos que se siguen para la elaboración del avalúo.

Es necesario con el fin de evitar la existencia de elementos exógenos que puedan variar la objetividad del avalúo, la creación existencia de una Junta Nacional de Evaluadores, la cual no sólo se ocupe de darle el carácter de profesión liberal a la actividad valuatoria, exigiendo un título de idoneidad, sino además que se ocupe de regular las metodologías aplicadas por los particulares para la elaboración de este tipo de avalúos.

En un sentido estricto profesión es toda actividad desarrollada en forma habitual - es decir de manera continua y como modus vivendi de la persona- con autonomía

técnica que cuenta con una reglamentación, requiere una habilitación previa y se presume onerosa; pudiendo así mismo estar sujeta a colegiación y sometida a normas éticas y a potestades disciplinarias. De esta forma, la actividad valuatoria cuenta con todas estas características que permiten así otorgarle la calidad de profesión.

La actividad valuatoria de ser considerada como un profesión, hasta el punto de llegar a ser liberal, de acuerdo con las consideraciones hecha a lo largo de la investigación, es posible de esa forma adecuar uno de los sistemas de responsabilidad civil denominado responsabilidad por el hecho propio, lo cual implica unos medios de defensa por parte del evaluador, y uno medios de imputación al hecho por parte del afectado.

Los avalúos pueden ser practicados tanto por personas naturales o jurídicas de carácter privado, que pueden o no tener un título de idoneidad y por personas de carácter público, como lo son los auxiliares de justicia, quienes a través de la rama judicial brindan su colaboración mediante la realización de avalúos. La diferencia entre uno y otro radica en el régimen de responsabilidad al cual puedan verse sometidos. De manera tal, que los evaluadores de carácter privado, ya sean personas naturales o jurídicas responderán por los perjuicios que causen en desarrollo de su actividad bajo el régimen de responsabilidad civil general, y los evaluadores de carácter público, al ser considerados funcionarios públicos deberán asumir una responsabilidad mucho más severa, por verse inmersos intereses de carácter general y de la incumbencia de la sociedad.

Tal y como se dijo en la investigación es que principalmente la responsabilidad civil del evaluador se enmarca dentro de la responsabilidad civil contractual, ya que generalmente existe un contrato entre éste, sea persona natural o jurídica y quien solicita el avalúo, sin embargo es posible que sin existir un vínculo jurídico previo entre las partes, le sea exigible al evaluador el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, en el campo privado ésta exigencia de cumplimiento de obligaciones se hace cada vez mas difícil, debido a la poca reglamentación que existe en el materia, generando la falta de delimitación en las obligaciones y responsabilidades del evaluador.

Finalmente, es importante para poder exigir de parte de todos los evaluadores, sin importar si son privados o públicos o personas naturales o jurídicas, una reglamentación a nivel normativo acerca de la actividad valuatoria, que le permita a la comunidad que la actividad que se realiza con una gran implicación social,

sea realizada por personas idóneas y realmente preparadas, además de ser personas que siguen parámetros y linamientos previamente establecidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrera Tapias, Carlos Darío. *El Daño Justificado*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1994.
- Botero Diego. *Conferencias sobre la obligación contractual avaluador*. Fedelonjas. Bogotá. 2004.
- Borrero Ochoa Oscar. *Avalúos de Inmuebles y Garantías*. Bogotá. Editorial Bandhar. Bogotá. 2002.
- Comité Internacional de normas Técnicas. *Normas en materia de avalúos*. Edición Fedelonjas. Bogotá, 2005.
- Decreto No. 422 de 2000. *Avalúos para Entidades Bancarias*.
- Decreto 1420 de 1998. *Regulación en materia de Avalúos*.
- Estatuto del Avaluador. Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, 2004.
- Gonzáles Elberto. *Avalúos Urbanos*. Editorial Planeta. Bogotá, 1998.
- Jurisprudencia Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.
- López Mesa, Marcelo J. *Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Universidad de los Andes. Cider. *Monografías- Avalúos en Planes Parciales*.
- Ochoa Francisco. *Valoración de Inmuebles*. Bogotá., 2002.
- Resolución Agustín Codazzi No. 762 de 1998.

-Santos Ballesteros Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1994.

-Tamayo Jaramillo Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Bogota: Editorial Temis, Bogotá, 1986.

-Universidad de los Andes. Cider. *Valoración Ambiental*. Editorial Uniandes Bogotá, 2004.