

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

Entidad originadora:	Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio
Fecha (dd/mm/aa):	
Proyecto de Decreto/Resolución:	"Por medio del cual se adiciona un capítulo al Decreto 1077 de 2015 Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio relacionado con la reglamentación del Derecho Real Accesorio de Superficie"

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

Originalmente la Ley 1753 de 2015, en su artículo 33, indicaba algunas fuentes que le permitían a los sistemas de transporte masivo completar su financiamiento a través de ingresos no tarifarios. No obstante, no fue sino hasta la expedición de la Ley 1955 de 2019, en donde en su artículo 97 se dispuso la inclusión del Derecho Real de Superficie, en delante DRS, como una fuente adicional de financiación que permitiera contribuir a la sostenibilidad de los sistemas de transporte, a la calidad del servicio y de su infraestructura, incrementar la seguridad ciudadana, la atención y protección al usuario, al mejoramiento continuo del sistema y contar con mecanismos de gestión de la demanda.

Conforme a la anterior consigna en el numeral 8 de dicho artículo se incluía la adopción del derecho real de superficie objeto de reglamentación en los siguientes términos:

"Una entidad pública denominada superficiante, titular absoluta de un bien inmueble fiscal o de uso público destinado a la infraestructura de Transporte conforme a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 1682 de 2013, podrá otorgar el derecho real de superficie de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de treinta (30) años, prorrogables hasta máximo veinte (20) años adicionales. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial del lugar donde se ubique el bien inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos los atributos de uso, goce y disposición de las mismas, a fin de que tales desarrollos puedan soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble base del superficiante."

Para los efectos señalados, el segundo inciso del numeral 8 ibidem establecía que:

"El derecho real de superficie se constituye mediante contratos elevados a escritura pública suscritos entre el titular del inmueble base y los terceros que serán superficiarios, los cuales contendrán la delimitación del área aprovechable, el plazo de otorgamiento del derecho, las condiciones de reversión de las construcciones, las causales de terminación del contrato, las obligaciones de las partes y la retribución que corresponde al superficiante, debiendo además inscribirse ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sobre el cual se confiere el derecho real de superficie, en el que deberá realizarse una anotación de este como derecho accesorio, identificándose el área conferida al superficiario y los linderos de la misma y las construcciones, además deberán registrarse los actos jurídicos que se efectúen en relación con el derecho real de superficie."

Con ocasión de la consagración del derecho real de superficie en los términos indicados se hizo necesario realizar un ajuste normativo en términos de vigencia del derecho real en comento, así como en temas tributarios, tales ajustes tuvieron lugar en el artículo 54 de la Ley 2079 de 2021, que dispone:

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

"Artículo. 54.—Reglas para la aplicación del Derecho Real Accesorio de Superficie (DRS) como instrumento de captura de valor para financiar proyectos urbanos de infraestructura de transporte. El Derecho Real Accesorio de Superficie en Infraestructura de Transporte también se podrá otorgar por un plazo máximo de ochenta (80) años, incluyendo prórrogas. En caso de que el otorgamiento del instrumento se realice a través de la figura de enajenación de bienes del Estado, de la que trata el literal e) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el 20 % del valor base de venta para participar se calculará sobre el valor presente de los primeros cinco (5) años de vigencia del Derecho Real Accesorio de Superficie. Los superficiarios serán responsables por el pago del impuesto de delineación urbana, en calidad de titulares de las respectivas licencias que sean expedidas para el desarrollo o construcción de las áreas aprovechables en el marco de explotación del derecho real de superficie, así como del pago del impuesto predial y de la contribución de valorización de las áreas libres aprovechables sobre las cuales se constituya el Derecho Real Accesorio de Superficie. Los predios sobre los cuales se haya constituido el Derecho Real Accesorio de Superficie no serán susceptibles del cobro de la plusvalía de que trata la Ley 388 de 1997.

PAR. 1º—Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, la base gravable del impuesto predial de las áreas libres aprovechables se constituirá por el valor económico que represente el Derecho Real Accesorio de Superficie, incluido el valor de las construcciones, y la tarifa será la que determine el municipio o el distrito. Cuando se trate de la Contribución de Valorización, la base gravable tendrá en cuenta el beneficio que reciban las áreas libres aprovechables objeto del Derecho Real Accesorio de Superficie por la ejecución de la obra de interés público.

PAR. 2º—Lo dispuesto en el presente artículo aplicará directamente en los municipios o distritos sin necesidad de acto administrativo municipal o distrital adicional.

Posteriormente en la Ley 2294 de 2023 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida" en su artículo 284 dispuso una importante modificación al contenido del derecho real de superficie en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 284. DERECHO REAL ACCESORIO DE SUPERFICIE. Una entidad pública denominada superficiante, titular de un bien inmueble fiscal o de uso público destinado a la infraestructura de transporte, podrá otorgar el Derecho Real de Superficie -DRS- de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de ochenta (80) años, incluyendo prórrogas. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial del lugar donde se ubique el inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar por su cuenta y riesgo construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos sus atributos de uso, goce y disposición, a fin de que puedan soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble base del superficiante. En todo caso, las construcciones que realice el superficiario requerirán licencia de construcción cuya titularidad recaerá en el superficiario. La curaduría o la autoridad distrital o municipal, según corresponda, aprobará los planos de deslinde de las áreas que corresponden a dichas construcciones.

El DRS se constituye mediante contrato, elevado a escritura pública, suscrito entre las partes, el cual contendrá como mínimo la delimitación del área aprovechable, el plazo, las condiciones de reversión de las construcciones, las causales de terminación, las obligaciones y la retribución que corresponde al superficiante, el cual se inscribirá ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

matrícula inmobiliaria del inmueble base como derecho accesorio, identificándose el área conferida al superficiario y sus linderos y construcciones, así como los actos jurídicos que se efectúen en relación con el DRS. La cancelación procederá mediante escritura pública suscrita por las partes, que será objeto de registro.

PARÁGRAFO PRIMERO. Respecto de las construcciones derivadas del DRS, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos procederá a habilitar sub-folios, en los cuales se anotarán los actos jurídicos sujetos a registro que puedan soportar estas construcciones, sin que se trasladen al folio de matrícula inmobiliaria del inmueble base. Con la extinción del DRS, los sub-folios, así como sus gravámenes, limitaciones y medidas cautelares cesarán sus efectos. Al finalizar el contrato se deberá declarar la edificación construida como construcción en suelo propio sobre el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble base y la mejora revertirá a la entidad pública superficiante. La Superintendencia de Notariado y Registro deberá adoptar los códigos registrales necesarios y para todos los efectos se aplicará la tarifa ordinaria para la inscripción de documentos como un acto o negocio jurídico cuya naturaleza tiene cuantía.

PARÁGRAFO SEGUNDO. En los proyectos de origen público corresponderá a la entidad superficiante adelantar los estudios técnico, financiero y jurídico para su estructuración e implementación; la selección del superficiario se realizará conforme a las reglas propias de contratación que le apliquen a la entidad según su naturaleza jurídica. En los proyectos de origen privado corresponderá al interesado realizar los estudios técnico, financiero y jurídico y asumir por su propia cuenta y riesgo el costo estimado de su revisión y/o evaluación por parte de la entidad superficiante, para lo cual aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018; la selección del superficiario se realizará según el procedimiento establecido en los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012. En ningún caso el DRS se entenderá como una Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012.

PARÁGRAFO TERCERO. El Derecho Real Accesorio de Superficie podrá igualmente aplicarse a suelos que no estén asociados a infraestructura de transporte, en los términos establecidos en el presente artículo, siempre que no haya afectación del uso para el cual está destinado el bien fiscal y/o de uso público sobre el cual se estructura el derecho real accesorio de superficie. En los casos contemplados en el presente artículo la Central de Inversiones -CISA- podrá actuar como superficiario”.

Con esta nueva disposición legal, y entendiendo que el derecho real de superficie ya no se encuentra en las fuentes de recursos en donde se encontraba en la Ley 1755 de 2015, y visto que en el Plan Nacional de Desarrollo se incluye en el capítulo de Convergencia regional, construcción e implementación de modelos de desarrollo supramunicipales para el fortalecimiento de vínculos urbano rurales y la integración de los territorios, se mantiene la reglamentación a partir del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.

Considerando las modificaciones que incluyó artículo 284 de la Ley 2294 de 2023 en principio puede considerarse que el derecho real de superficie bien podría ejecutarse, resulta oportuno que vistas las inquietudes y lo novedoso del instrumento, que a partir de la potestad reglamentaria se dispongan reglas que en efecto contengan los detalles para su implementación y ejecución definiendo aún más los elementos del instrumento, sin embargo y dada la naturaleza contractual del mismo y dado que los titulares de los bienes de fiscales o de uso público suelen ser empresas industriales y comerciales, existe un ámbito amplio de autonomía de la voluntad y con el artículo indicado se cumplen lo mínimos de operación.

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, resulta claro señalar que existe en Colombia el derecho real de superficie, el cual se encuentra consagrado en las normas precedentemente; no obstante, y pese a que la ley por sí sola es suficiente para crear este tipo de derechos reales, resulta de la mayor importancia y pertinencia que desde el Gobierno Nacional, en ejercicio de las competencias contenidas en los numerales 10 y 11 del artículo 189, se asegure el debido cumplimiento de la ley, mediante la expedición de un decreto reglamentario que establezca, defina y determine las condiciones contractuales, notariales, registrales, y por supuesto urbanísticas de este nuevo derecho real.

En esos términos, el Derecho Real Accesorio de Superficie en Infraestructura de Transporte, como derecho real accesorio y temporal, configura una ruptura del principio de accesión según el cual las edificaciones, plantaciones y demás cosas accesorias del suelo pertenecen al propietario del terreno donde están ubicadas, con lo que a su vez reconoce una propiedad temporal sobre la construcción que se adelante en la infraestructura de transporte en cabeza del superficiario.

Mediante esta figura las autoridades públicas cuentan con un mecanismo y fuente de financiación para los sistemas de transporte como elementos esenciales para la organización del territorio y la financiación de los equipamientos de transporte, entre otros, que permite brindar autonomía a las construcciones y edificaciones que ejecute por su cuenta y riesgo el superficiario, permitiendo que dichas áreas puedan ser explotadas, así como soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público ni la prestación del servicio.

De presente el anterior marco jurídico del derecho real de superficie, conviene indicar y referenciar los contenidos del proyecto de decreto, en orden a lo anterior, inicialmente se señalará una mención a la estructura de este, para luego indicar incluir las razones de las disposiciones incluida en el proyecto.

En tal orden de ideas resulta oportuno mencionar que el proyecto de decreto tiene una estructura separada en secciones, la cuales fueron incluidas siguiendo el procedimiento para constituir el DRS; así pues, la primera y segunda sección del texto están referidas a consideraciones conceptuales y de delimitación del instrumento, en tanto las restantes están enfocadas a señalar las condiciones propias del proceso contractual, registral, y urbanístico propio del Derecho Real de Superficie.

Ahora la Primera Sección denominada “Disposiciones Generales”, incluye objeto y finalidad del proyecto, así como las definiciones que resultarán de cardinal utilidad en el entendimiento, interpretación y aplicación de los procedimientos y situaciones reguladas en el proyecto normativo. La Segunda Sección incluye reglas sobre la constitución del instrumento en la infraestructura de transporte sobre la cual, por ministerio de la ley, puede ser objeto del derecho real de superficie.

En la Sección 3 del proyecto, se incluyen las reglas y condiciones para adelantar el proceso contractual señalado en la Ley para la constitución del derecho real de superficie, señalando las condiciones precontractuales (estudios, análisis y modelaciones) que la entidad superficiante debe considerar para celebrar la pertinente contratación de este.

En la Sección 4 del texto, se incluyen las disposiciones notariales y registrales del derecho real de superficie, indicando los requisitos, condiciones, y elementos que tanto el notario como el registrador debe tener en cuenta al momento de la constitución del instrumento sobre los predios de infraestructura

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

de transporte, seguidamente se incluyen en la Sección 5 las condiciones urbanísticas del instrumento referidas al licenciamiento y definición de la posibilidad de edificación en el área libre aprovechable.

Finalmente, en la Sección 6 sobre “Disposiciones Finales”, se incluyen definiciones aclaratorias que redundan en la síntesis del Derecho Real de Superficie.

De presente la estructura y contenidos de cada Sección del proyecto normativo, vale decir que el derecho real de superficie es un derecho real, accesorio, temporal, oneroso, que recae sobre los bienes de uso público y bienes fiscales, el instrumento debe operar sobre un área libre aprovechable definida por la entidad, y la misma debe evitar la afectación a la naturaleza del bien de uso público o fiscal base del derecho real en comento, así mismo tampoco debe comprometer la propiedad que del mismo tenga la entidad pública superficiante.

Considerando lo anterior, es de indicar que el DRS, es un derecho real que le permite al superficiario el aprovechamiento edilicio temporal sobre el área libre aprovechable de los bienes inmuebles (de uso público, o fiscales). Tal aprovechamiento señalado incluye todos los atributos del derecho real de propiedad como son el uso, goce y disfrute de las edificaciones que, según los usos del suelo definidos por el Municipio o Distrito, puedan tener lugar en las mencionadas áreas libres, todo lo anterior con la pretensión de capturar el valor del suelo.

Resulta entonces de la mayor importancia señalar que dada la génesis contractual del instrumento, le corresponde a la entidad superficiante definir las condiciones previas contractuales, teniendo en cuenta los estudios técnicos, jurídicos y financieros señalados en el proyecto; se indican en el texto los contenidos de cada uno de ellos, donde vale resaltar la necesaria definición del área libre aprovechable como el espacio, definido por la entidad superficiante, en el cual se puede ejecutar el derecho real de superficie.

En lo pertinente a la escritura pública de constitución del derecho real de superficie, así como su registro en el folio de matrícula, y la generación de los correspondientes subfolios se indican las verificaciones, y contenidos que la escritura pública debe tener, así como la descripción de los procesos registrales de radicación, calificación y registro en el pertinente folio de matrícula del predio base. Se incluye además la posibilidad de generar subfolios para cada una de las unidades secundarias que surjan con ocasión de la ejecución del derecho real de superficie, lo anterior con el objeto de poder generar las condiciones propias para el ejercicio de los atributos de uso, goce y disfrute; se insiste en este particular que el ejercicio de tales atributos tiene un horizonte temporal, según lo indicado en el marco normativo general.

2. AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

El ámbito de aplicación del proyecto de resolución es de nivel nacional.

El ámbito de aplicación del texto de decreto enmarcado a la definición de las condiciones propias para el entendimiento del contenido jurídico del derecho real de superficie, así como la adopción y consagración de los requisitos, y procedimientos pertinentes para la contratación del derecho real, así mismo se fijan las condiciones que deberán observarse en el proceso notarial y registral; y dado el contenido de financiamiento de desarrollo urbano del instrumento se incluyen las previsiones que en materia urbanística deben aplicarse para asegurar un debido cumplimiento de dichas normas sin afectar la

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

vocación de uso público de los bienes objeto del instrumento.

En el texto del proyecto se encuentra dividido en secciones, y tanto su ubicación y contenido se refiere a diversos momentos o niveles de entendimiento y aplicación del instrumento. Inicialmente se incluyen las definiciones propias y pertinentes del instrumento, seguidamente se definen los contenidos de los documentos técnicos que soportan la contratación del derecho real; para posteriormente señalar las disposiciones pertinentes en materia notarial y registral; luego se incluyen las disposiciones urbanísticas que resultan cardinales en la aplicación del derecho real de superficie, en la medida en que ellas constituyen la principal normatividad de la que depende el éxito de la operación planteada en la ley.

La norma propuesta va dirigida a las entidades públicas titulares del derecho de propiedad de los bienes tanto fiscales como de uso público. Al igual tiene un impacto en los notarios y registradores responsables, unos de la fe pública, y otros del registro público que garantiza la oponibilidad a terceros.

Igualmente, y dada la naturaleza misma del derecho real de superficie también encuentra recibo en las personas tanto jurídicas como naturales que eventualmente pueden estar interesadas en ser superficiarios

3. VIABILIDAD JURÍDICA

(Por favor desarrolle cada uno de los siguientes puntos)

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo

La competencia para la expedición del presente instrumento normativo se encuentra consagradas en el artículo 189 superior, en los numerales 10 y 11, en lo relativo al debido cumplimiento de la ley y en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual puede entenderse como la atribución del Presidente de la República para reglamentar y definir elementos o tópicos que la ley, en su acepción propia no alcanza a determinar o definir.

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

Las normas que se reglamentan se encuentran debidamente vigentes en la medida que aún no han sido derogadas, y no existen fallos de inexecutable que así las declaren. El contenido de la norma propuesta dentro del proyecto de decreto no ha tenido reglamentación previa.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

Por tratarse de un derecho real e instrumento nuevo de financiación no existen normas a derogar, ni modificar, ni a subrogar, el proyecto se incluye en el Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, visto su ubicación en el Plan Nacional de Desarrollo y visto su importancia en el ordenamiento urbano.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

No se evidencian jurisprudencias sobre el impacto de la expedición del presente decreto, lo anterior en la medida en que por ser una institución nueva la jurisprudencia no se ha pronunciado en sede de cierre al

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
 PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
 Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

particular.

3.5 Circunstancias jurídicas adicionales

No existen circunstancia jurídica adicionales a considerar

4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)

No tiene impacto económico definido por el Decreto 1080 de 2015.

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)

No existe la necesidad de adelantar consideración alguna de viabilidad presupuestal en la medida en que este proyecto no contempla la creación de nuevos gastos o erogaciones para el Gobierno Nacional.

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

No existe la necesidad del análisis de estos impactos.

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria (Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)	X
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)	
Informe de observaciones y respuestas (Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)	
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)	
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública (Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)	
Otro (Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)	

Aprobó:

FORMATO: MEMORIA JUSTIFICATIVA
PROCESO: GESTIÓN A LA POLÍTICA DE ESPACIO URBANO Y TERRITORIAL
Versión: 7.0 Fecha: 10/07/2024 Código: GPD-F-01

RODRIGO ANDRÉS BERNAL MONTERO
Jefe de la Oficina Jurídica (E)

CLAUDIA ANDREA RAMÍREZ MONTILLA
Directora de Espacio Urbano y Territorial