

INSIGHTS ALERT

Derecho de Superficie, ¿Solución o Ilusión?



FEBRERO 28, 2025

El derecho de superficie, originado en el derecho romano, permitía edificar y poseer construcciones en terrenos de terceros, pasando de ser un derecho personal a consolidarse como un derecho real y transmisible. Aunque su relevancia ha disminuido en los sistemas jurídicos del Civil Law y casi no existe en el Common Law. Algunas legislaciones, como la Argentina, han incorporado esta figura de manera explícita, utilizándose como una herramienta para abordar el déficit habitacional. Este artículo examina la evolución y el estado actual del derecho de superficie en diferentes ordenamientos, analizando su potencial para resolver problemas sociales relacionados con la vivienda. Además, compara las realidades de Colombia, Estados Unidos y Argentina, evaluando cómo esta figura jurídica podría ofrecer soluciones frente a los desafíos habitacionales actuales.

INTRODUCCIÓN

El derecho de superficie fue una figura jurídica en el derecho romano que permitía usar y poseer una construcción sobre la tierra perteneciente a otro; quien ejercía esta acción era llamado el “superficiario” (en latín “superficiarius”). La figura inició su historia como un derecho personal que, con el tiempo, evolucionó hacia un derecho real y transmisible (Fernandez, 2012). Esta figura suponía una separación jurídica entre la propiedad del suelo y la construcción erigida sobre él. Sin embargo, su finalidad real dentro del ordenamiento jurídico romano sigue siendo objeto de debate por la escasez de estudios al respecto.

Con el tiempo, el derecho de superficie ha perdido relevancia en los sistemas jurídicos de tradición civil, y en el Common Law prácticamente no

existe. En Colombia, dejó de ser un derecho real y solo se reconoce el derecho a compensación por mejoras, para evitar el enriquecimiento injustificado. De manera similar sucede en Estados Unidos, donde se regula mediante el denominado Ground Lease, un contrato de arrendamiento de larga duración generalmente entre 50 y 99 años sobre terrenos sin edificaciones. (Beavens, 2024).

No obstante, existen ordenamientos como el argentino, donde el derecho de superficie ha sido regulado explícitamente como un derecho real. El Código Civil y Comercial de la Nación lo define como un “derecho real temporario” que otorga la facultad de usar, gozar y disponer de un inmueble ajeno para plantar, forestar o construir, o sobre lo

ya plantado, forestado o construido (Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), 2014)

En este panorama, cabe plantearse si el derecho de superficie, con su configuración jurídica singular y la posibilidad que ofrece de distinguir la propiedad del suelo de las construcciones que se erigen sobre él, podría erigirse en una solución al déficit habitacional que afecta tanto a Colombia como a Estados Unidos. Asimismo, resulta relevante examinar las experiencias de aquellas legislaciones que han regulado esta figura como un derecho real, y considerar cómo dichas experiencias podrían aplicarse para enfrentar los desafíos actuales en materia de vivienda.

DESARROLLO

1. ¿Qué era el “derecho de superficie” y por qué se instauró?

En la época clásica de Roma, existía el problema de un acelerado crecimiento poblacional, acompañado de la inestabilidad de los precios de la vivienda e inseguridad de los inquilinos, por lo que, se optó por utilizar un sistema de arrendamiento a largo plazo, y el pretor, era el encargado de amparar al inquilino en el goce de la locación. Sin embargo, en el periodo postclásico, la figura se transformó paulatinamente en el derecho real de superficie, tal como se regula en el derecho justinianeo (Albertario, 1949), y se constituía por simple pacto, seguido de tradición, testamento o concesión pública.¹ Este, por lo general, se refería a las construcciones realizadas encima del inmueble, sin embargo, este también se entendía para las construcciones subterráneas.²

2. El “derecho de superficie” en el Derecho Estadounidense

Como se ha indicado, en el derecho estadounidense no existe una figura equivalente en características y objetivos al “Derecho de superficie”, debido a diferencias conceptuales de orden histórico. El régimen de propiedad inmobiliaria anglosajona se sustenta en el sistema de estates (estados o tenencias) y en el principio de que el titular del terreno lo es “desde el centro de la tierra hasta el cielo” (aunque con ciertas

limitaciones contemporáneas, como el sobrevuelo). No obstante, sí se aprecia un recurso que, en su forma más primitiva, presenta ciertas similitudes: un contrato de arrendamiento a largo plazo que, al menos temporalmente, “divide” la propiedad entre el arrendador (lessor) y el arrendatario (lessee). Este último tiene la obligación de restituir el terreno, junto con cualquier edificación existente sobre él, o de devolverlo en el mismo estado en que lo recibió (Pope & Young, 2024). Dicha figura se emplea sobre todo en el ámbito inmobiliario comercial y resulta útil para el desarrollo de proyectos de larga duración, como la construcción de centros comerciales o parques de diversiones.

En la práctica, un arrendatario en un ground lease funciona de manera similar a un superficiario: se encarga de la construcción, paga impuestos y otros costos, y puede obtener financiamiento hipotecando su derecho. Al finalizar el contrato, las mejoras realizadas pasan al propietario original. La diferencia principal está en el enfoque legal: mientras que en el Common Law se considera una división temporal de la posesión (estate for years), en otros sistemas jurídicos se reconoce como la coexistencia de dos derechos reales independientes sobre distintas partes del inmueble.

Además del arrendamiento, en algunas jurisdicciones de EE. UU. es posible separar legalmente el edificio del terreno a través de condominium maps o escrituras de “derechos aéreos” (air rights). Sin embargo, las regulaciones varían según el estado, abarcando aspectos como la duración de los arrendamientos, requisitos de escritura y registro, entre otros.

3. El derecho de superficie en el Derecho Civil Colombiano

En Colombia, el Código Civil no lista el ius superficiarium entre los derechos reales (influenciado por el Code Napoleón que suprimió la superficie), se ha regulado en ciertos contextos específicos el Derecho Real Accesorio de Superficie (DRS), aplicada sobre bienes inmuebles fiscales o de uso público. Según esto, el mejorista (quien realiza mejoras en suelo ajeno) adquiere una situación jurídica provisional que no

¹ Ulp. D.43,8,2§17

² Ulp. D.43,17,3§7

constituye propiedad, sino un derecho de crédito sobre el valor de las mejoras realizadas (Funzipa Vs. Construterras S.A.S. y Optimvs S.A.S., 2023); No obstante, en el caso de los supuestos fácticos regulados por la Ley 2079 de 2021³ Se puede establecer una comparación con el modelo estadounidense de arrendamiento a largo plazo, pero su ámbito de aplicación es sumamente limitado. Como resultado, en la gran mayoría de los casos, se aplica el régimen general del derecho civil, que regula el reconocimiento y pago de las mejoras realizadas por quien las llevó a cabo sobre el bien inmueble en el que fueron construidas. No obstante, a diferencia del sistema estadounidense, este modelo no permite en ningún caso la división de la propiedad entre la construcción y el terreno.

Es decir, se reconoce como un derecho real (se inscribe en el folio de matrícula inmobiliaria), que faculta a construir/explotar edificaciones con autonomía (pudiendo hipotecarlas, arrendarlas, etc.), pero manteniendo intacta la titularidad pública del suelo subyacente. Se le llama accesorio porque depende de un acto administrativo–contractual que lo crea y porque está intrínsecamente vinculado al destino del bien público principal.

4. Comparativa del déficit de acceso a la vivienda, incremento poblacional y especulación inmobiliaria.

En la actualidad, Colombia sufre un déficit habitacional, en donde 3,7 millones de hogares (aproximadamente un cuarto del total), enfrentan condiciones adversas de vivienda, y adicionalmente, cada 2 de tres de estas familias, necesitan realizar mejoras estructurales a su vivienda (Rojas, Velasco, & Herzóg, 2023), mientras que la situación en Estados Unidos se ubica entre 4,5–5,5 millones para el año 2023 (Patel, Rajan, & Tomeh, 2024). Esto es consecuencia, en el caso colombiano, de la rápida urbanización y el alto crecimiento demográfico, pues se ha superado la capacidad de suministro de viviendas, especialmente en las zonas urbanas; y el aumento de los precios de la vivienda

(+107.3% entre el 2005 y el 2020). (OECD Urban Studies, 2022).

En el caso de Estados Unidos, esto se debe especialmente a un alto crecimiento de la población en busca de un hogar propio, lo que ocasiona una alta demanda inmobiliaria, de la mano con barreras regulatorias e impuestos a la construcción. (Patel, Rajan, & Tomeh, 2024).

5. Derecho civil de la Argentina: Un caso práctico

En contraste con la regulación colombiana, en Argentina el derecho de superficie se encuentra explícitamente normado el "derecho de superficie" y, como se mencionó anteriormente, es un derecho que, en principio, puede ser transmitido inter vivos y heredado, salvo que se pacte lo contrario. El nuevo Código Civil y Comercial, en sus artículos 2114 a 2127, establece una regulación detallada sobre este derecho.

Estos artículos definen su naturaleza y objeto, que puede incluir la construcción, plantación o forestación, así como las formas de constitución, los plazos máximos de duración, la posibilidad de transmisión, las causas de extinción y los derechos y obligaciones de las partes. Además, contemplan un régimen supletorio, normas sobre indemnización y los requisitos de registración. El derecho de superficie puede venderse o cederse junto con sus obligaciones y ha demostrado ser un mecanismo legal útil para abordar el déficit habitacional en el país. Este derecho permite aprovechar de manera más eficiente los terrenos públicos al facilitar su uso para proyectos habitacionales.⁴ Sin embargo, su impacto ha sido limitado por varios factores, como la inestabilidad económica del país, la baja adopción de esta herramienta y la falta de financiamiento adecuado para impulsar su implementación.

Esta figura supone una excepción al principio de accesión (superficies solo cedit), regla según la cual "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" y, por tanto, las construcciones adheridas al suelo pertenecerían al dueño del terreno. Con el

³ El artículo 54 de esta Ley regula el Derecho Real Accesorio de Superficie (DRS) como un instrumento para financiar proyectos urbanos de infraestructura de transporte. se concibió para financiar sistemas de transporte urbano aprovechando áreas ociosas y podría extenderse a otros usos públicos. En Colombia el DRS cumple una función similar a una concesión de uso de suelo público, pero no se considera Asociación Público-Privada; Esto aún no ha generado decisiones judiciales, pero la Corte Constitucional se ha referido tangencialmente al derecho de superficie al analizar indemnizaciones por mejoras en terreno ajeno, reconociendo la posibilidad legal de separar la propiedad de las mejoras (Sent. T-518/03)

⁴ Argentina busca incentivar inversiones privadas, que van desde proyectos de forestación hasta desarrollos urbanos, sin renunciar a la propiedad del suelo. Este enfoque contribuye tanto al impulso de sectores productivos como al posible desarrollo de planes de vivienda social.

derecho de superficie, dicha presunción se invierte: lo construido no accede al suelo mientras el derecho subsista, sino que permanece en el patrimonio del superficiario (Sabene, 2023). Se enfatiza así que el superficiario puede tanto realizar construcciones/nuevas plantaciones como adquirir derechos sobre las ya existentes en el predio (modalidades que se han denominado superficie para construir y propiedad superficiaria, respectivamente (Riggio, 2017). Entre las ventajas prácticas del derecho de superficie:

- Permite al propietario del terreno obtener un rendimiento de la propiedad sin desprenderse de ella de manera definitiva, recibiendo a cambio un canon o el beneficio de las mejoras realizadas.
- Para el superficiario o inversor, reduce significativamente la inversión inicial al no ser necesario adquirir el terreno, lo que permite destinar más recursos a la construcción o desarrollo del proyecto, mejorando la rentabilidad y viabilidad de iniciativas que, de otro modo, no serían posibles.
- Para la sociedad, fomenta la realización de más obras e inversiones, como infraestructura, viviendas y proyectos agrícolas, promoviendo un uso más eficiente y productivo del suelo disponible.

A pesar de las limitaciones, el déficit habitacional en Argentina es menor en comparación con otras naciones de la región. Para el año 2023, se estima que alrededor de 500.000 familias enfrentan un déficit habitacional, lo que equivale a un 11,6% en términos de déficit habitacional cuantitativo. Esto refleja una problemática significativa, pero proporcionalmente más contenida que en otros países. (Observatorio Nacional de Acceso al Suelo, 2023). Esto no quiere decir que estas cifras tan “bajas” sean resultado de la regulación del derecho de superficie, pero si se puede decir que esto ha sido una herramienta útil para enfrentar el problema por medio de regulaciones más particulares y políticas públicas que desarrollan la figura jurídica, como es el caso del “Régimen de Co vivienda” o Ley 6639 (Régimen de Co-Vivienda (LEY N.º 6639), 2023) de la

Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que toma como base normativa, entre otras disposiciones, lo concerniente al derecho de superficie en el Código Civil y Comercial.

CONCLUSIÓN

El derecho de superficie, aunque originado en el derecho romano, sigue siendo una figura jurídica con potencial para abordar desafíos contemporáneos de acceso a la vivienda. Su capacidad para separar jurídicamente la propiedad del suelo de lo construido sobre él lo convierte en una herramienta versátil para optimizar el uso de terrenos y fomentar proyectos habitacionales sostenibles.

La comparación entre Colombia, Estados Unidos y Argentina revela enfoques contrastantes: mientras que Colombia y Estados Unidos carecen de una regulación explícita sobre esta figura, Argentina ha demostrado que su implementación como derecho real puede facilitar soluciones innovadoras para enfrentar el acceso limitado a la vivienda. Sin embargo, los casos de Colombia y Estados Unidos muestran que el marco jurídico actual, basado en contratos de largo plazo o compensaciones, resulta insuficiente frente a la magnitud del problema habitacional.

La crisis de vivienda actual exige medidas innovadoras que permitan separar la propiedad del suelo y lo edificado, optimizando terrenos en especial aquellos ociosos y fomentando proyectos habitacionales sostenibles. El Derecho de Superficie, con raíces en el Derecho romano, se presenta como una alternativa eficaz que ya ha demostrado su valor en países como Argentina, facilitando el acceso a la vivienda y promoviendo la equidad social.

A diferencia de los marcos jurídicos limitados en Colombia y Estados Unidos, su implementación como derecho real puede generar soluciones concretas frente al déficit

habitacional y contribuir al desarrollo sostenible. Hoyos & Associates, en conjunto con Sur America Capital, te acompañamos en todo el proceso: desde la navegación del marco normativo y a estructurar acuerdos que promuevan la equidad en el acceso a la vivienda, contribuyendo al desarrollo sostenible y al bienestar social.

Te invitamos a dialogar con nosotros; juntos, podemos trazar el camino hacia un futuro más justo y sostenible, donde cada persona cuente con las condiciones de vivienda digna que merece. ¡Conversemos!

BIBLIOGRAFÍA

Albertario. (1949). Il possesso della superficie. En Studi di Diritto Romano (Vol. II, pág. 409). Milano.

Beavens, S. (15 de Mayo de 2024). Key Considerations in a Ground Lease. New Hampshire, United States Of America.

Fernandez, J. (10 de Febrero de 2012). El Derecho de Superficie. Themis: Revista de Derecho(62), 237-253.

Funzipa Vs. Construtierras S.A.S. y Optimvs S.A.S., 25899-31-03-001-2019-00328-03 (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA 03 de Agosto de 2023).

Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2023). Régimen de Co-Vivienda (LEY N.º 6639). Buenos Aires: Boletín Oficial.

Observatorio Nacional de Acceso al Suelo. (31 de Octubre de 2023). Argentina.gob. Recuperado el 12 de Febrero de 2025, de Argentina.gob: <https://www.argentina.gob.ar/habitat/plan-nacional-de-suelo-urbano/observatorio-nacional-de-acceso-al-suelo/deficit-habitacional>

OECD Urban Studies. (2022). National Urban Policy Review of Colombia. Paris: OECD Publishing.

Patel, E., Rajan, A., & Tomeh, N. (26 de Noviembre de 2024). Brookings. Recuperado el 12 de Febrero de 2025, de Brookings.edu:

<https://www.brookings.edu/articles/make-it-count-measuring-our-housing-supply-shortage/>

Pope, A., & Young, M. (14 de Enero de 2024). Urban ground leases: a cross-country comparison. JOURNAL OF PROPERTY RESEARCH(2), 126-146.

Riggio, M. (2 de Junio de 2017). Bolsa de Comercio de Rosario. Informativo Semanal, 9-11. Obtenido de bcr.arg: <https://www.bcr.com.ar/es/mercados/investigacion-y-desarrollo/informativo-semanal/noticias-informativo-semanal/de-que-trata>

Rojas, L., Velasco, V., & Herzóg, A. (26 de Julio de 2023). World Bank. Recuperado el 12 de Febrero de 2025, de Worldbank.org: <https://blogs.worldbank.org/es/latinamerica/vivienda-desarrollo-urbano-colombia>

Sabene, S. (11 de Agosto de 2023). Derecho real de superficie: registro y catastro. Obtenido de Sistema Argentino de Informacion Juridica: <https://www.saij.gob.ar/sebastian-esteban-sabene-derecho-real-superficie-registro-catastro-dacf230056-2023-08-11/123456789-0abc-defg6500-32fcanirtcod?&o=1&f=Total%7CFecha/2023%7CEstado%20de%20Vigencia%7CTema/Derecho%20civil%5B50%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1>

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994). Buenos Aires, Argentina.

20 minutos

Autor

Juan Diego Cala

Ubicación relacionada

Argentina

Colombia

Estados Unidos

Temas relacionados

Déficit habitacional y acceso a la vivienda

Comparación de sistemas jurídicos

Evolución del derecho de superficie

Capacidades relacionadas

Análisis jurídico-comparativo

Urbanismo y planificación territorial

Política pública y legislación

Profesional relacionado

