



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación No. 2146

Expediente: 11001-03-06-000-2013-00208-00

Referencia: Facultades expropiatorias del Ministerio de Cultura. Participación en proyecto de ampliación del Museo de Arte Moderno de Bogotá.

El Ministerio de Cultura consulta a esta Sala sobre la posibilidad de expropiar un inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, el cual sería destinado posteriormente para la creación de un espacio cultural y facilitar la ampliación del Museo de Arte Moderno de Bogotá -MAMBO-.

I. ANTECEDENTES

1. El Museo de Arte Moderno de Bogotá -MAMBO-, es una entidad privada sin ánimo de lucro (fundación), cuyo objeto es el fomento de las artes plásticas y de la cultura *en su expresión actual*.
2. En el año 2011 una reforma estatutaria de la Fundación Museo de Arte Moderno de Bogotá, permitió la participación del Ministerio de Cultura en su Junta Directiva a través de dos representantes de dicho Ministerio. Con posterioridad a ello, el Ministerio de Cultura realizó un aporte económico a la fundación en el marco de sus funciones de impulso y promoción de la actividad cultural.
3. De otra parte, el MAMBO tiene interés en la ampliación de su planta física, para lo cual requeriría de un lote aledaño al de su sede actual; a ese efecto, el Ministerio de Cultura y el Mambo han analizado diversas alternativas jurídicas y financieras que permitan que dicho Ministerio apoye la ampliación de la planta física del Museo a través de alguno de los mecanismos que la Constitución Política y la Ley contemplan para estimular programas y actividades de interés público que sean armónicos con los planes nacionales de desarrollo cultural.
4. A ese efecto, se ha tenido en cuenta que el sector urbano donde se encuentra ubicado el MAMBO tiene una amplia vocación cultural que se podría fortalecer,

complementando la dotación cultural que aportan actualmente las universidades del sector, la Biblioteca Nacional, el Museo Nacional y el Teatro Jorge Eliécer Gaitán, entre otros.

5. En este contexto, se analiza la posibilidad de que el Ministerio de Cultura adquiera el lote aledaño al MAMBO a través de su facultad de expropiación por motivos de utilidad pública, con el fin de consolidar un espacio de proyección artística que sería compartido por el Ministerio y dicho museo; por su parte, el MAMBO asumiría los estudios y diseños del proyecto, así como la construcción, con sus recursos, de la nueva infraestructura.

Con base en lo anterior, SE PREGUNTA:

1. *¿Dados los aportes entregados por el Ministerio de Cultura al Museo de Arte Moderno de Bogotá -MAMBO-, como consta en los documentos anexos, la naturaleza privada de la Fundación cambia su naturaleza a mixta, con la participación de capital privado y público?*

2. *De acuerdo con la respuesta anterior, ya se trate en cada hipótesis, de una entidad de carácter privada o mixta, el Ministerio de Cultura en virtud del marco legal que determina su competencia, ¿estaría habilitado para declarar un bien inmueble de utilidad pública y ordenar su enajenación voluntaria o expropiación administrativa para luego entregarlo a una entidad sin ánimo de lucro privada o mixta, según sea el caso?*

En caso afirmativo, se podría invocar la causal prevista en el literal f) del artículo 10 de la Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 58 de la Ley 388 de 1997 que dispone:

“Artículo 10. Sustituido por el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. Motivos de utilidad pública. Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:

f) Ejecución de proyectos de ornato, turismo y deporte”.

3. *En el evento de ser viable la declaratoria de utilidad pública, es viable celebrar un convenio con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la ley 489 de 1998, entre el Ministerio de Cultura y el Museo de Arte Moderno, para desarrollar el proyecto de infraestructura cultural en el que el Ministerio aporta el lote y el Museo los aportes económicos para garantizar la sostenibilidad del proyecto?*

II. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente consulta plantea tres problemas jurídicos distintos: (i) la transformación de la naturaleza jurídica de una fundación privada por el hecho de recibir aportes estatales; (ii) las facultades expropiatorias del Ministerio de Cultura para el desarrollo de proyectos inherentes a su actividad misional y (iii) la posibilidad del Ministerio de Cultura de asociarse con un particular para la generación de espacios culturales y la ampliación de la infraestructura museística del país

Para resolver los problemas planteados, la Sala revisará en primer lugar lo relativo a la naturaleza jurídica del MAMBO y a su eventual transformación por el hecho de haber recibido recursos del Estado. Posteriormente revisará el marco constitucional de la cultura y el papel del Estado en relación con su promoción y fomento, para con base en ello, referirse (i) a las potestades expropiatorias en cabeza del Ministerio de Cultura y (ii) a la posibilidad que le da la misma Constitución y la ley para asociarse con los particulares que desarrollen tales actividades.

2. La naturaleza jurídica del Museo de Arte Moderno de Bogotá

En este primer punto, a la Sala le corresponde analizar si por el hecho de haberse realizado aportes por parte del Ministerio de Cultura a la Fundación Museo de Arte Moderno de Bogotá, esta última cambió su naturaleza jurídica de entidad sin ánimo de lucro de derecho privado, a entidad mixta de naturaleza público-privada.

De acuerdo con los antecedentes allegados con la consulta, la existencia de la Fundación Museo de Arte Moderno de Bogotá -MAMBO- data de 1958, cuando su personería jurídica fue reconocida por el Ministerio de Justicia; posteriormente, en 1997 fue inscrita en el libro de personas jurídicas sin ánimo de lucro de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Según el artículo 1 de sus estatutos, el Museo de Arte Moderno de Bogotá es, una *entidad privada de utilidad común*, sin ánimo de lucro y sujeta al régimen de las fundaciones. Así aparece además en el respectivo certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá allegado a la consulta.

De acuerdo con los estatutos, la fundación está a cargo de un Consejo Superior, una Junta Directiva y un Director (artículo 5). Como máximo órgano social, el Consejo Superior es el encargado de aprobar el presupuesto y las reformas estatutarias, decidir sobre los bienes inmuebles de la fundación, nombrar la Junta Directiva y el revisor fiscal, etc. (artículo 9). Los miembros de dicho Consejo

Superior pueden ser ordinarios y honorarios, estando dentro de esta última categoría los fundadores y las demás personas que por sus calidades sean distinguidos con ese reconocimiento (artículo 6). De ninguno de éstos forma parte el Ministerio de Cultura.

La Junta Directiva, por su lado, es un órgano de administración que se rige por las directrices del Consejo Superior (artículo 13); se reúne trimestralmente y adopta decisiones relativas al nombramiento de personal, autorización de contratos, etc. (artículos 14 y 17). Como señala la consulta, mediante reforma estatutaria del 26 de agosto de 2011, protocolizada en Escritura Pública 2766 del 2 de septiembre del mismo año, se amplió de 12 a 14 el número de miembros de la Junta Directiva, con el fin de permitir la asistencia de dos (2) representantes del Ministerio de Cultura. En todo caso, en la Cláusula Segunda de la respectiva escritura pública se deja claro que *“los demás aspectos de los ESTATUTOS no sufren modificación alguna y conservan su vigencia”*.

En cuanto al patrimonio de la Fundación, los artículo 3º-parágrafo- y 4º de los estatutos indican que el mismo está constituido por los aportes, donaciones y legados que el MAMBO reciba de cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, incluidos aportes estatales. En relación con esto último, los estatutos no prevén ningún cambio en la naturaleza jurídica de la fundación por razón del origen de los aportes o donaciones recibidos.

Según se indica en la consulta, mediante Resolución 1918 del 22 de septiembre de 2011, el Ministerio de Cultura, en desarrollo de sus funciones de fomento y apoyo de los museos y de las personas que desarrollan actividades culturales, hace un aporte económico al Museo de Arte Moderno de Bogotá con el fin de *“impulsar y promover”* la tarea que dicha institución cumple en la divulgación y acceso a la cultura de todos los colombianos. En la parte motiva de dicha resolución se reconoce que el MAMBO es una entidad *“sin ánimo de lucro de carácter privado”* y, en tal sentido, no aparece en dicho acto administrativo que el aporte se haya hecho bajo el entendido que la Nación pasaría a formar parte de dicha persona jurídica o con la condición de que ésta cambiará su naturaleza jurídica de privada a mixta en razón del aporte recibido.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro *el carácter privado* de la fundación Museo de Arte Moderno de Bogotá, no sólo porque su realidad documental y jurídica lo refleja así, sino porque, además, el aporte hecho por la Nación se hizo en el ámbito del apoyo que el Estado brinda a los particulares que desarrollan actividades culturales (artículo 71 C.P) y no como parte de una negociación dirigida a crear una nueva persona jurídica o formar parte de la ya existente.

Por tanto, no se observa que haya habido *ánimo de asociación*, que es un requisito esencial para la formación, ingreso y permanencia en una persona

jurídica. Como ha señalado la jurisprudencia, el derecho de asociación comprende la *“facultad de toda persona para comprometerse con otra en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc. a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el estado, capacitada para observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto y operar en el ámbito jurídico.”*

En este orden, la construcción de un proyecto colectivo mediante el surgimiento de una nueva persona jurídica o el ingreso a una ya existente, supone la intención expresa e inequívoca de los interesados y no surge de manera accidental o espontánea, como parece plantearlo la consulta.

De manera que *los aportes* que hace el Estado a entidades privadas en virtud de actividades de fomento y no para la formación de nuevas personas jurídicas mixtas, son diferentes a los que se refiere el artículo 104 de la ley 1437 de 2011, cuando señala que son entidades estatales para efectos de esa ley, las sociedades, empresas y entes en general con *aportes o participación* del Estado igual o superior al 50%.

Además, la creación de entidades descentralizadas indirectas por la asociación de entidades públicas y personas jurídicas de derecho privado, tiene unas exigencias particulares, como el hecho de contar con autorización legal y que el acto constitutivo regule de manera clara y precisa aspectos como los compromisos y aportes de las partes para la constitución de la nueva persona jurídica, su participación futura en el sostenimiento de la misma, etc. (artículo 96 de la ley 489 de 1998).

En el caso analizado tales elementos tampoco se dan y, en esa medida, el aporte del Ministerio de la Cultura en un contexto diferente al asociativo, no tiene la virtualidad de mutar el carácter privado de la fundación receptora del apoyo estatal.

Igualmente, desde la perspectiva de la autonomía del Museo de Arte Moderno de Bogotá, el Ministerio de Cultura no puede imponer unilateralmente el cambio de su naturaleza jurídica; ello requiere su discusión y aprobación por los órganos decisorios de la fundación, situación que tampoco se ha dado.

Por todo lo expuesto, no hay razones jurídicas para considerar que el Museo de Arte Moderno de Bogotá cambió su condición de fundación privada a la de fundación mixta con participación de la Nación.

3. Marco constitucional del apoyo del Estado a la cultura y a quienes la promuevan

La cultura tiene un marco constitucional particular, basado en el deber del Estado de reconocer, respetar, promover y fortalecer su desarrollo y, sobre todo, de apoyar y estimular a quienes ejerzan esas actividades¹.

La Constitución señala en primer lugar que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación (artículo 2); establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7); determina que el Estado y la sociedad tienen la obligación de proteger las riquezas culturales de la Nación (artículo 8); señala que el acceso a la cultura y a la recreación constituyen derechos fundamentales de la niñez (artículo 44); le asigna al Estado el deber de fomentar las actividades relacionadas con el deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre (artículo 52); consagra la educación como un derecho de todas las personas y le asigna la responsabilidad de ella al Estado, a la sociedad y a la familia (artículo 67); ordena promover la investigación, la ciencia y la difusión de los valores culturales (artículo 70); indica de manera expresa que la cultura en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad (artículo 71); permite crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales (ibídem); y le asigna al Estado la tutela y protección del patrimonio cultural de la Nación (artículo 72).

Estas multiplicidad de disposiciones constitucionales reflejan el lugar privilegiado que el constituyente le dio a la cultura dentro del espectro general de actividades que interesan a la sociedad; además, fundamentan la consideración de que el acceso a la cultura es un derecho que el Estado debe garantizar²; y, así mismo, refuerzan y explican de manera particular el contenido de los artículos 70 y 71 de la misma Carta, que disponen:

¹ “En previas ocasiones esta corporación ha tenido la oportunidad de referirse al derecho a la cultura en nuestro ordenamiento constitucional y de delimitar algunos de sus contenidos. **La mayor parte de los pronunciamientos se han centrado en la obligación de promoción a cargo del Estado**”. (Sentencia C-434 de 2010). Anteriormente se había señalado también: “Del contexto normativo que acaba de presentarse se concluye que el desarrollo cultural de la Nación y el apoyo a las expresiones artísticas de los nacionales son objetivos primordialmente perseguidos por el constituyente del 91. En efecto, del texto de la Constitución Política emana un claro interés por favorecer, promover, reforzar y divulgar los valores culturales como medio efectivo para consolidar la unidad del territorio colombiano. De allí el énfasis de la Carta por obligar a las autoridades públicas a asumir un papel protagónico en la creación de medios de expresión artística que permitan a los colombianos identificarse como nación a partir del reconocimiento de sus características culturales”. (Sentencia C-661 de 2004. Ver también sentencias C-1097 y C-1339 de 2001 y C-666 de 2010).

² “De estas disposiciones y documentos se deduce el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura, el cual impone al Estado, entre otras, las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar el acceso, la participación y la contribución de todos a la cultura en un plano de igualdad, en el marco del reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Estas obligaciones también han sido denominadas derechos culturales.” (Sentencia C-434 de 2010).

*“Artículo 70. **El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades**, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.*

*La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. **El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.***

*Artículo 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. **El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.**” (se resalta).*

Como se observa, la Constitución le asigna al Estado deberes claros y concretos de (i) promover y fomentar el acceso a la cultura; (ii) promover la investigación, desarrollo y difusión de los valores culturales; y (iii) incluir el fomento a la ciencia y a la cultura en los planes de desarrollo; (iv) crear incentivos para las personas e instituciones que desarrollen y fomenten manifestaciones culturales; y (v) ofrecer estímulos especiales a las personas e instituciones que ejerzan tales actividades. Estos dos últimos mandatos son especialmente importantes para el caso analizado, según pasa a revisarse.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que existe una habilitación constitucional que le permite al Estado apoyar y promover programas y actividades de interés científico y cultural, incluso si son desarrollados por particulares:

*“Sin embargo, pronto la jurisprudencia encontró en las disposiciones de la misma Carta argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, **no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley no solo (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, sino que (2). resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado**”.*³ (se resalta)

Así, en Sentencia C-316 de 1995, dicho tribunal declaró la constitucionalidad de las formas asociativas del Estado con particulares para el desarrollo de las actividades científicas y culturales descritas en el artículo 71 de la Constitución, oportunidad en la cual indicó:

³ Sentencia C-324 de 2009.

*“La investigación científica y el desarrollo tecnológico **hacen parte de la cultura y se han convertido por voluntad del Constituyente en una responsabilidad del Estado de amplio espectro**, hasta el punto que debe asumirlos como un presupuesto básico de la educación y particularmente de la formación universitaria (C.P. arts. 69 y 70), e igualmente como instrumento del desarrollo económico y social y, específicamente del apoyo a la producción de alimentos, que goza de su especial protección (art. 65). Tanto es así, que en los planes respectivos tienen que incluirse recursos de inversión para el fomento de las actividades científicas (C.P. art. 71).*

*Consecuente con lo expuesto, la Corte reitera lo que expresó en anterior oportunidad en el sentido de que **la destinación de recursos públicos con la participación de los particulares en las actividades relativas al desarrollo y fomento de la ciencia y la tecnología, constituye una excepción a la norma del art. 355.**”⁴ (se resalta)*

Con base en los mismos argumentos, en Sentencia C-152 de 1999 se avaló la posibilidad de apoyar económicamente a los creadores y gestores culturales, en cuyo caso se señaló lo siguiente:

*“3. La Constitución Política, en términos generales, prohíbe que con fondos públicos las autoridades efectúen auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas (C.P. art. 355). La Carta, sin embargo, por vía excepcional, autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquélla directamente considera dignas y merecedoras de apoyo. El artículo 71 de la C.P., ilustra una de estas situaciones excepcionales: “(...) El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades”. **En este orden de ideas, los incentivos económicos que eventualmente ordene la ley con fundamento en el artículo 71 de la C.P., constituyen una excepción válida a la prohibición contenida en el artículo 355 de la Carta.**”⁵ (se subraya)*

En este sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado una sólida jurisprudencia sobre la constitucionalidad de los mecanismos de colaboración y apoyo a los particulares en los sectores en los que existen claros mandatos constitucionales

⁴ Esta providencia se apoya a su vez en la Sentencia C-506 de 1994, en la que se señala que no se viola el artículo 355 superior, cuando existe un “fundamento constitucional expreso” para el apoyo estatal a los particulares, como en el caso de “la actividad de fomento de la investigación y de la actividad científica y tecnológica de que se ocupan las disposiciones acusadas en esta oportunidad, como ocurre con el artículo 71 superior”.

⁵ Ver también sentencia C-1339 de 2001, en la que la Corte Constitucional declaró exequible una ley que autorizaba la construcción, con cargo al presupuesto nacional, de una casa de cultura en un municipio para honrar la memoria del Presidente Aquileo Parra. A juicio de la Corte, “nada impide al Gobierno Nacional contribuir a la ejecución de obras públicas cuando éstas tienen un significado nacional.” (Sentencia C-434 de 2010).

que imponen deberes expresos al Estado, como es el caso de la actividad cultural:

“Según el artículo 355 de la Constitución, los recursos que administra el Estado no pueden ser objeto de donaciones discrecionales por parte de ninguno de sus agentes. En efecto, quienes transitoriamente ejercen funciones públicas no son titulares del derecho de dominio sobre los recursos públicos y, en consecuencia, no pueden disponer libremente de ellos.

*En este mismo sentido, la Corte ha sostenido que, como regla general, la Carta prohíbe los auxilios o donaciones. Sin embargo, la Corte también ha indicado que el Estado puede reconocer subsidios si persigue la satisfacción de un objetivo constitucional claro, expreso y suficiente (como la satisfacción de los derechos sociales, especialmente cuando se trata de los sectores más pobres de la población) y cuando resulte imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado. En otras palabras, **las donaciones o auxilios sólo serán constitucionalmente legítimas si son el resultado del cumplimiento del deber constitucional expreso de adoptar medidas encaminadas a financiar, con bienes o recursos públicos, la satisfacción de derechos constitucionales de grupos o sectores constitucionalmente protegidos o de actividades que deben realizarse por mandato constitucional y que son ejecutadas por particulares que requieren, para satisfacer los fines estatales, de un apoyo o ayuda del Estado**”⁶. (se resalta)*

En el caso de los mandatos contenidos en los artículos 70 y 71 de la Constitución antes citados, la responsabilidad principal de hacerlos efectivos está en el Ministerio de Cultura, a quien la ley le asigna la competencia para formular, coordinar, ejecutar y vigilar la política del Estado en materia cultural, deportiva, recreativa y de aprovechamiento del tiempo libre⁷. Así, son funciones de dicha cartera, entre otras, (i) proteger, conservar, rehabilitar y divulgar el Patrimonio Cultural de la Nación; (ii) promover el desarrollo cultural y el acceso de la comunidad a los bienes y servicios culturales; (iii) fomentar y estimular la creación, la investigación, la actividad artística y cultural y el fortalecimiento de las

⁶ Sentencia C-507 de 2008. En ésta se citan a su vez las Sentencias C-506 de 1994, Sentencia C-136 de 1995, Sentencia C- 923 de 2000. En sentencia C-1168 de 2001 se señaló: “A partir de estos, y otros casos similares, la Corte ha elaborado una doctrina consistente y reiterada sobre el alcance de la prohibición de transferir recursos públicos a particulares, sin contraprestación alguna. Esta Corporación ha concluido que dichas transferencias son un auxilio y se encuentran prohibidas, salvo si esas cesiones gratuitas tienen sustento en principios y derechos constitucionales, pues en tal caso “no se trata de una donación prohibida por la Carta sino, por el contrario, del cumplimiento de deberes constitucionales atribuidos al Estado”. Estas transferencias deben entonces contar con un “fundamento constitucional expreso”, como ocurre, por ejemplo, con la “actividad de fomento de la investigación y de la actividad científica y tecnológica”, tal y como lo precisó la sentencia C-506 de 1994, MP, Fabio Morón Díaz. Y este criterio fue reiterado por la sentencia C-671 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra, que resumió los precedentes jurisprudenciales sobre el alcance del artículo 355 de la Carta en relación con la transferencia de recursos públicos a particulares.”

⁷ Artículo 1 del Decreto 1746 de 2003.

expresiones culturales; y (iv) dirigir y promover el fomento, desarrollo y práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre⁸.

En síntesis, la cultura como de la educación y la investigación científica y tecnológica, son actividades que interesan a la sociedad en grado sumo y que por ello reciben el apoyo del Estado (artículos 67, 70, 71 y 72 C.P.); su rentabilidad, más que económica es de tipo social, y en tal sentido son parte esencial de la concepción de Estado Social de Derecho que consagra el artículo 1 de la Carta Política⁹. De allí, ha dicho la Corte Constitucional, el énfasis de la Carta por conminar a las autoridades públicas a asumir un papel protagónico en la creación de medios de expresión artística, de manera que *“no puede existir ninguna duda, sobre el claro mandato constitucional de que el Estado defina y lleve a cabo una política cultural que eleve el nivel artístico e intelectual de todos los colombianos, política ésta en la cual serán pilares esenciales el fomento de actividades encaminadas a la obtención de tales fines”*¹⁰

4. Las facultades expropiatorias del Ministerio de Cultura para el desarrollo de proyectos culturales

4.1 Aclaración previa

Visto de manera general el marco constitucional de la cultura, a la Sala corresponde analizar, en primer lugar, el alcance de las potestades expropiatorias del Ministerio de Cultura.

En relación con este punto es necesario hacer previamente una aclaración. La pregunta 2 de la consulta plantea el interrogante de si el Ministerio de Cultura *“estaría habilitado para declarar un bien inmueble de utilidad pública y ordenar su enajenación voluntaria o expropiación administrativa para luego entregarlo a una entidad si ánimo de lucro privada”*, lo cual daría a entender que la expropiación se haría simplemente para transferir el inmueble a un particular. Incluso parecería entenderse que se trataría de una donación.

No obstante, la Sala entiende, en el contexto de la consulta y de los antecedentes expuestos en ella, que el inmueble no se transferiría a un privado, lo cual *prima*

⁸ Artículo 2 del Decreto 1746 de 2003.

⁹ “En efecto, si entre los fines esenciales que debe cumplir el Estado están los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y les corresponde como función a las autoridades, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de aquél, no resulta opuesto a las finalidades que persigue la organización estatal ni a las responsabilidades de las autoridades públicas el apoyo a las entidades privadas que desarrollan programas y actividades de interés público o social, de ordinario concurrentes con los que cumplen las entidades públicas.” (Sentencia C-316 de 1995)

¹⁰ Sentencia C-666 de 2010, con apoyo en sentencia C-671 de 1999.

facie podría enfrentar reparos constitucionales y legales (artículo 355 C.P)¹¹, sino que el inmueble permanecería en cabeza del Ministerio de la Cultura y se destinaría, en asocio con un particular, a generar una nueva infraestructura cultural, en orden a fortalecer el derecho de las personas de acceder a la cultura. Además, la entidad privada aportaría los estudios, diseños y construcción de ese nuevo espacio cultural, lo que descartaría la gratuidad de la vinculación de la Nación al respectivo proyecto¹².

Por tanto, será bajo este contexto que la Sala abordará el tema de las potestades expropiatorias del Ministerio de la Cultura.

Se aclara así mismo que el Ministerio será autónomo en analizar las razones de conveniencia, oportunidad y presupuestales para una operación de esta naturaleza, así como las condiciones y requisitos jurídicos de los negocios que llegaren a utilizarse para su instrumentación. De este modo, nada de lo dicho en este concepto significa que la Nación esté obligada a adelantar algún proyecto específico y menos aún con una persona o fundación en particular.

4.2 Las potestades expropiatorias del Ministerio de Cultura en las leyes 9 de 1989, 393 de 1997 y 397 de 1997.

Como se sabe, el artículo 58 de la Constitución Política a la vez que garantiza la propiedad privada, permite la expropiación por vía administrativa o judicial con indemnización previa, por motivos de utilidad pública o interés social *definidos por el legislador*. En el caso de la expropiación administrativa, la Constitución garantiza también el derecho a la acción contenciosa contra el acto que la ordena, incluso para la discusión del precio pagado por el Estado (ibídem).

Por otra parte, según se ha visto, la Constitución Política le asigna al Estado obligaciones especiales de promoción, fomento y difusión de las cultura y el arte (artículos 2, 7, 8, 44, 52, 67, 70, 71 y 72), las cuales han fundamentado el reconocimiento de potestades expropiatorias orientadas a permitir su cumplimiento.

En efecto, respecto de las potestades expropiatorias para fines culturales y educativos, el artículo el artículo 10 de la Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 58 de la Ley 393 de 1997, dispone lo siguiente:

¹¹ Ver concepto 1957 de 2009, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹² En este punto es importante tener en cuenta que en el proyecto original de la Ley 1674 de 2013, por la cual se rinde un homenaje al Museo de Arte Moderno de Bogotá, se autorizaba un aporte del Estado a dicho museo hasta por 40 mil millones de pesos para obras de ampliación de su sede; el respectivo artículo fue objetado por el Presidente de la República por inconstitucionalidad e inconveniencia (Diario Oficial 48819 del 12 de junio de 2013) y la objeción fue aceptada por el Congreso de la República, de manera que el artículo en cuestión fue excluido de la ley.

“Artículo 58°.- *Motivos de utilidad pública. El artículo 10 de la Ley 9 de 1989, quedará así: Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:*

a) *Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, **educación, recreación**, centrales de abasto y seguridad ciudadana;*

(...)

c) *Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y **provisión de espacios públicos urbanos**;*

(...)

f) *Ejecución de proyectos **de ornato**, turismo y deportes;*

(...)

g) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta, siempre y cuando su localización y la consideración de utilidad pública estén claramente determinados en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen;

(...)

h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico (...).” (Se resalta)

Como se observa, el legislador ha definido como motivos de utilidad pública o interés social que permiten la expropiación de bienes inmuebles, entre otros, los siguientes: (i) el desarrollo de proyectos dirigidos a mejorar la infraestructura en educación y recreación; (ii) la provisión de espacios públicos urbanos; (iii) el funcionamiento de sedes administrativas estatales; (iv) las obras de ornato (como sinónimo de adorno o atavío, entiéndase obras de mejoramiento y embellecimiento de las ciudades¹³); y (v) la preservación del patrimonio cultural del país.

¹³ Según la Real Academia de la Lengua, ornato significa “adorno, atavío, aparato”. A su vez, adorno significa “aquello que se pone para la hermosura o mejor parecer de personas o cosas”; por su parte, ataviar significa “Componer, asear, adornar”. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual se refiere de manera particular a la definición de *ornato público* como “una de las finalidades o manifestaciones de la actividad municipal en lo tocante a policía urbana, que se refiere sobre todo al aspecto decorativo de las fachadas, a los jardines y paseos públicos. (Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Eliasta, Tomo V, pag. 718)

Esta potestad expropiatoria está radicada en primer orden en la Nación (lo que de suyo incluye al Ministerio de Cultura), tal como lo dispone el artículo 11 de la misma ley 9 de 1989, modificado por el artículo 59 de la Ley 393 de 1997, que señala:

*“Artículo 59º.- Entidades competentes. El artículo 11 de la Ley 9 de 1989, quedará así: Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, **la Nación**, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios **podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9 de 1989**. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades.” (se resalta)*

Cabe recordar que en el caso del Ministerio de Cultura, esta competencia expropiatoria de la ley 9 de 1989, se ve reforzada por el artículo 22 de la Ley 397 de 1997¹⁴, que le asigna a dicho Ministerio la función de *propiciar la infraestructura que requieran las actividades culturales, así como el deber de aplicar medidas concretas para la creación, funcionamiento y mejoramiento de espacios públicos dirigidos a la cultura*; para esos efectos, señala el mismo artículo 22, el Ministerio de Cultura tendrá las facultades expropiatorias de la ley 9 de 1989:

“Artículo 22. Infraestructura cultural. El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, definirá y aplicará medidas concretas conducentes a estimular la creación, funcionamiento y mejoramiento de espacios públicos, aptos para la realización de actividades culturales y, en general propiciará la infraestructura que las expresiones culturales requieran (...)

*Parágrafo 4o. De conformidad con lo establecido en el Capítulo III de la Ley 9a de 1989, **el Ministerio de Cultura podrá adelantar en forma directa o a través de las entidades territoriales o la entidad pública beneficiaria o vinculada, el proceso de enajenación voluntaria o de expropiación de inmuebles para efectos de los literales c) y f) del artículo 10 de la misma ley (...)**” (se resalta)*

Como puede verse, la alusión de la norma a las facultades expropiatorias del Ministerio de Cultura se da, precisamente, en el contexto del deber de dicho organismo de tomar medidas concretas para generar espacios públicos culturales y propiciar la infraestructura que ello requiere, lo que, según los antecedentes de

¹⁴ Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias.

la consulta, sería el objeto de la expropiación que realizaría el Ministerio de Cultura.

Es preciso indicar, como ya había referido la Sala en oportunidad anterior, que aún cuando, el parágrafo 4 del artículo 22 en cita se refiere de manera específica a los motivos de utilidad pública de los *literales c (provisión de espacios públicos urbanos) y f, (obras de ornato, turismo y deportes)* del artículo 10 de la ley 9 de 1989, ello no obsta para que en todo caso el Ministerio de Cultura, como parte de la Nación, pueda invocar cualquiera otro de los motivos de utilidad pública señalados en dicho artículo 10, cuando quiera que ello sea necesario para el cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas en su calidad de ente rector de la actividad cultural del país¹⁵.

En particular, en un caso como el analizado, podrían concurrir también otros de los motivos de utilidad pública definidos en el artículo 10 antes citado, como los relacionados con *la creación de infraestructura social en los sectores de educación y recreación (literal a) y con la preservación del patrimonio cultural del país (literal h)*. Y si, en el nuevo espacio cultural, llegaran a funcionar oficinas del Ministerio de Cultura o de otras dependencias del Estado, aplicaría también el literal g del mismo artículo, que declara de utilidad pública la adquisición de inmuebles para el *funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas*.

Sobre la competencia del Ministerio de Cultura para adquirir inmuebles por los motivos de utilidad pública definidos en la ley 9 de 1989 -en concordancia y no de forma excluyente con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 393 de 1997-, esta Sala ya había indicado lo siguiente:

*“Por todo lo anterior, es claro entonces, que el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989, modificado por el 58 de la Ley 388 de 1997, confiere competencia a los Ministerios, entre ellos el de Cultura, y a otras entidades públicas, para declarar los motivos de utilidad pública para la adquisición y expropiación de inmuebles. **Obviamente dicha competencia deberá ejercerse siempre y cuando se encuentren enmarcados dentro de sus funciones.** Por tanto, el Ministerio puede dar aplicación a cualquiera de los literales y en especial, el literal h) relativo a la preservación del patrimonio cultural nacional, el literal c) sobre proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos para infraestructura cultural, y el literal f) en cuanto alude*

¹⁵ Concepto 1955 de 2009, M.P. Gustavo Aponte Santos: “De acuerdo con lo anterior, es claro que cuando la ley 397 en el parágrafo 4 del artículo 22, se remite solamente a los motivos de utilidad pública contenidos en los literales c) y f) del artículo 10 de la ley 9 de 1989, no está derogando ni expresa, ni tácita, ni integralmente los motivos señalados en los demás literales, los cuales continúan vigentes para todos los Ministerios y demás organismos. El Ministerio de Cultura puede entonces, utilizar las causales de la ley general (L.9 y L.388), porque la ley especial y posterior (L.397) no es incompatible, ni contradice, la ley general y anterior. Así las cosas, la Sala concluye que en este caso, son aplicables las dos leyes.”

a proyectos de deportes, una de las actividades que claramente está dentro de sus atribuciones.

En síntesis, si el Ministerio de Cultura desea adquirir un inmueble por motivos de utilidad pública, la legislación aplicable es la contenida en los artículos 10 y siguientes de la Ley 9ª de 1989, modificada y adicionada por la Ley 388 de 1997, y el parágrafo 4º del artículo 22 de la Ley 397 de 1997.”¹⁶

Precisamente, con base en tales consideraciones la Sala señaló, como ahora se reitera, que los motivos de utilidad pública definidos en la ley 9 de 1989, le permiten al Ministerio de Cultura ordenar la enajenación voluntaria y, si es del caso, expropiar un inmueble, con el fin de adelantar *proyectos de infraestructura cultural*:

“b) Si se trata de un bien inmueble distinto a uno de interés cultural, por ejemplo un terreno para la ejecución de un proyecto de infraestructura cultural, el Ministerio de Cultura, luego de los estudios pertinentes (viabilidad técnica del proyecto, conformidad con los planes y programas, existencia de apropiación presupuestal, etc.), puede, con base en el literal f) del citado artículo 10 de la ley 9ª /89, modificado por el artículo 58 de la ley 388/97, declarar, mediante acto administrativo fundamentado, el motivo de utilidad pública para proceder a adquirir el inmueble voluntariamente o por expropiación.

En este punto, resulta oportuno mencionar que la medida de expropiación tiene pleno respaldo constitucional, conforme la delimita el artículo 58 de la Carta (...)”

De manera que, en síntesis, sería legalmente posible que el Ministerio de Cultura expropie un inmueble con fines de ampliación de la infraestructura cultural del país, con la salvedad hecha inicialmente de que no podría tratarse de una operación destinada a transferir o donar dicho inmueble a un particular. Deberá tratarse de un proyecto que beneficie directamente al propio Estado y en el que la titularidad del bien inmueble permanezca en él.

5. Las facultades del Ministerio de la Cultura para desarrollar proyectos de interés cultural en consuno con los particulares.

¹⁶ Concepto 1955 de 2009, M.P. Gustavo Aponte Santos. Con base en lo anterior, la Sala concluyó que el Ministerio de Cultura podía invocar el literal f) del artículo 10 de la Ley 9 de 1989, para la ejecución de un proyecto de infraestructura cultural: “En conclusión, el Ministerio de Cultura es competente para declarar, mediante acto administrativo fundamentado, los motivos de utilidad pública para la adquisición de bienes inmuebles, con base en la ley 9ª de 1989, modificada por la ley 388 de 1997, y en el parágrafo 4º del artículo 22 de la ley 397 de 1997, dado que tales leyes no se excluyen entre sí.”

5.1 Aclaración previa

Se pregunta a la Sala en este punto sobre la posibilidad de que el Ministerio de Cultura celebre un convenio con el Museo de Arte Moderno de Bogotá, con el fin de crear un nuevo espacio cultural compartido por ambas entidades, lo cual comprendería, entre otros aspectos, la ampliación de dicho museo. Según lo señalado por el organismo consultante, el Ministerio de Cultura participaría en el proyecto con el terreno (previa expropiación) y la entidad sin ánimo de lucro con los recursos necesarios para los estudios técnicos y construcción de la respectiva infraestructura cultural..

Al respecto, la Sala aclara que estudiará este interrogante, pero no en consideración particular al Museo de Arte Moderno de Bogotá, sino desde la perspectiva general de las competencias del Estado para participar en proyectos de ampliación de la infraestructura pública y privada de museos del país, directamente o en asocio con otras entidades públicas o privadas. De modo que, como ya se indicó, lo señalado en este concepto no comporta la obligación de la Nación de vincularse a un proyecto en particular, ni la releva del análisis presupuestal, de conveniencia y oportunidad, a la luz de los principios de economía, eficacia y eficiencia administrativa (artículo 209 C.P.).

Con esta aclaración pasa a revisarse el problema jurídico que se plantea.

5.2 Las competencias del Ministerio de Cultura en materia de apoyo al desarrollo de la infraestructura cultura del país.

En la primera parte de este concepto se señaló que la Constitución Política le permite al Estado fomentar y estimular la cultura y a quienes desarrollan tales actividades (artículos 70, 71 y 72 C.P.).

También se dijo que a partir de esas y otras disposiciones, la Corte Constitucional ha señalado que existen argumentos constitucionales suficientes para autorizar la asignación de recursos a particulares, en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley “(1) *tuviese como fundamento una norma o principio constitucional*” y “(2) *resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado*”¹⁷. Así, se ha venido reiterando por ese tribunal que no se viola el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga “*subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables*”¹⁸.

¹⁷ Sentencia C-324 de 2009.

¹⁸ Sentencia C-254 de 1996, reiterada en Sentencias C-042 de 2006 y C- 507 de 2008, entre otras. En sentencia C-712 de 2002 se indicó: “En cuanto al alcance de la prohibición expresada por el artículo 355 superior, como ya se puntualizó, la jurisprudencia ha definido de tiempo atrás que **es posible identificar excepciones que se justifican en la necesidad de que el Estado proyecte su gestión, al apoyo de instituciones privadas que sirvan al cumplimiento de fines**

En todo caso, no es una competencia autónoma de la Administración, sino que en cualquier caso debe estar autorizada por la ley y cumplir todos los requisitos señalados en ella, como se indica más adelante; además, tratándose de recursos públicos, estos estarían sujetos a las normas presupuestales correspondientes y a la fiscalización de la Contraloría General de la República (artículo 267 C.P).

Señalado lo anterior se observa que en materia cultural, el legislador desarrolló varios de los mandatos constitucionales de apoyo a la cultura en la Ley 397 de 1997¹⁹, modificada parcialmente, entre otras, por la Ley 1185 de 2007.

En paralelo con el marco constitucional, el artículo 1 de dicha ley le asigna al Estado, entre otros, los deberes de (i) impulsar y estimular los procesos, proyectos y actividades culturales (numeral 3); (ii) valorar, proteger y difundir el patrimonio cultural (numeral 5); (iii) *fomentar la creación, ampliación y adecuación de infraestructura artística y cultural* (numeral 11); y (iv) garantizar el acceso de todos los colombianos a la cultura (numeral 11).

Por su parte, el artículo 2 de la ley señala expresamente que el objetivo principal de la política estatal es apoyar y estimular a las personas, comunidades e instituciones que desarrollen o promuevan expresiones artísticas o culturales del país:

*“Artículo 2o. Del papel del Estado en relación con la cultura. Las funciones y los servicios del Estado en relación con la cultura se cumplirán en conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, teniendo en cuenta que **el objetivo primordial de la política estatal sobre la materia son la preservación del Patrimonio Cultural de la Nación y el apoyo y el estímulo a las personas, comunidades e instituciones que desarrollen o promuevan las expresiones artísticas y culturales en los ámbitos locales, regionales y nacional.**” (se resalta)*

Así mismo, el artículo 4º de la ley 397 incluye dentro del patrimonio cultural de la Nación los bienes materiales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como, entre otros, *los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble* a los que se les atribuya, entre otros, *“especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico,*

constitucionales en sectores específicos. De manera que la simple transferencia de recursos a instituciones privadas sin ninguna valoración, en cuanto al objeto que se pretende cubrir o atender con los mismos, no es susceptible de reproche con base en la norma superior referida.” (se subraya)

¹⁹ “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias.”

museológico o antropológico.” Señala el mismo artículo 4º, que la política estatal en lo referente al patrimonio cultural de la Nación tendrá como objetivos principales la “*salvaguardia, protección, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación del mismo*”, cometidos que, para efectos de esta consulta, son claramente predicables de los museos.

De manera específica, el Título III de la ley se refiere al fomento y los estímulos a la actividad artística, siendo especialmente relevantes los artículos 17 y 22. El primero de estos artículos le asigna al Ministerio de Cultura y a las entidades territoriales el deber de fomento de las expresiones culturales:

*“Artículo 17. Del fomento. El Estado a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, **fomentará las artes en todas sus expresiones y las demás manifestaciones simbólicas expresivas**, como elementos del diálogo, el intercambio, la participación y como expresión libre y primordial del pensamiento del ser humano que construye en la convivencia pacífica.” (se resalta).*

Por su parte, el artículo 22 establece de forma clara y expresa que el Estado, a través del Ministerio de Cultura, debe adoptar “*medidas concretas*” para estimular la *creación, funcionamiento y mejoramiento* de espacios públicos culturales:

*“Artículo 22. Infraestructura cultural. El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, definirá y aplicará **medidas concretas conducentes a estimular la creación, funcionamiento y mejoramiento de espacios públicos, aptos para la realización de actividades culturales y, en general propiciará la infraestructura que las expresiones culturales requieran.** (...)*

Parágrafo 2o. (...)

*El Ministerio de Cultura **podrá cofinanciar las estructuras de carácter artístico y cultural, determinar los criterios para su adecuada y racional utilización con fines de fomento y participación comunitaria y prestar la asesoría técnica (...)***
(se resalta)

Como se observa, el legislador ha determinado que una parte esencial de la labor del Ministerio de la Cultura y las entidades territoriales es la de fortalecimiento y expansión de la infraestructura que el país requiere para la difusión de las actividades artísticas y culturales, lo cual incluye la posibilidad de cofinanciación.

5.3 Las competencias específicas del Ministerio de Cultura en materia de fomento al desarrollo de la infraestructura de los museos públicos y privados del país.

Además de lo señalado hasta ahora, los artículos 49 y 53 de la misma ley 397 de 1997 facultan de manera expresa al Ministerio de la Cultura para fomentar la creación de nuevos museos, su *ampliación, adecuación y mejoramiento de su infraestructura*.

*“Artículo 49. Fomento de museos. Los museos del país, son depositarios de bienes muebles, representativos del Patrimonio Cultural de la Nación. El Ministerio de Cultura, a través del Museo Nacional, tiene bajo su responsabilidad la protección, conservación y desarrollo de los Museos existentes **y la adopción de incentivos para la creación de nuevos Museos en todas las áreas del Patrimonio Cultural de la Nación.** Así mismo estimulará el carácter activo de los Museos al servicio de los diversos niveles de educación como entes enriquecedores de la vida y de la identidad cultural nacional, regional y local (se subraya).”*

*Artículo 53. Conservación y restauración de las colecciones y sedes de los museos. El Ministerio de Cultura fomentará y apoyará programas de conservación y restauración de las colecciones que albergan los museos del país, así como en los casos que sea necesario, **programas de conservación, restauración, adecuación o ampliación de los inmuebles que les sirven de sede,** a través de los organismos especializados en el área. Para ello creará y reglamentará las instancias de consulta, aprobación y control necesarias para su desarrollo y procurará la vinculación de entidades y gobiernos departamentales y municipales.”*

En este contexto, la celebración de un convenio entre el Ministerio de Cultura (directamente o a través del Museo Nacional) y otras entidades públicas o privadas, para crear nuevos espacios culturales, formaría parte del amplio acervo de competencias que le han sido asignadas a ese organismo, como expresión del deber constitucional del Estado de apoyar y fomentar cultura.

Por ello, como señala la consulta, un convenio con el objetivo, no de donar o transferir un bien, sino de desarrollar un proyecto conjunto para expandir la infraestructura cultural del país, bien puede apoyarse en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, que le permite a las entidades estatales, celebrar convenios con otras entidades públicas o con particulares para el cumplimiento de sus funciones:

*“**Artículo 95º.-** Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro...”*

Artículo 96.** Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, **mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos

se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.”

Según indica el artículo 96 en cita, en el caso de que el Estado se vincule con particulares, deberá suscribir un convenio en el que se establezca con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos que sean relevantes. Por virtud del artículo 355 de la Constitución, el convenio deberá, además, celebrarse con personas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar un programa o proyecto de interés público, y estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo.

Lo anterior, es además concordante con lo previsto en el artículo 36 de la propia Ley 397 de 1997 que se revisa, según el cual, para el cumplimiento de sus diversas funciones, el Ministerio de la Cultura podrá utilizar los mecanismos de cooperación y asociación previstos en los **Decretos 393** (por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías) y **591 de 1991** (por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas). Dice el referido artículo 36 de la Ley 397 de 1997:

*“Artículo 36. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura **podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991**, con sujeción a los requisitos establecidos en la citada normatividad.” (se resalta)*

En ese sentido, el Decreto 393 de 1991²⁰, aplicable entonces para la promoción y fomento de la actividad cultural, permite la celebración de convenios de cooperación entre el Estado y los particulares:

“Artículo 1. Modalidades de asociación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades:

1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones.

***2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.”**²¹ (se resalta)*

²⁰ La constitucionalidad de los convenios y formas asociativas previstas en este Decreto fue examinada en Sentencias C-506 de 1994 y 316 de 1995, en las cuales se consideró que no se violaba el artículo 355 Constitucional al haber mandatos expuestos en la Constitución que ordenan apoyar las actividades científicas, investigativas y culturales.

Por su parte, el Decreto 591 de 1991, en aquéllos artículos que no fueron derogados por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, permite también que las entidades del Estado celebren contratos de financiación (artículo 8), de administración de proyectos (artículo 9) y convenios de cooperación (artículo 17). En relación con este último tipo de convenios, el artículo 17 del Decreto 591 de 1991 señala lo siguiente:

*“Artículo 17. Para adelantar actividades científicas o tecnológicas la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares y con otras entidades públicas de cualquier orden convenios especiales de cooperación. **En virtud de estos convenios, las personas que los celebran aportan recursos en dinero, en especie o de industria, para facilitar, fomentar o desarrollar alguna de las actividades científicas o tecnológicas previstas en el artículo 2° de este Decreto.**” (se resalta)*

En síntesis, en el marco constitucional y legal analizado el Ministerio de Cultura tiene competencia para concurrir con otras entidades públicas o con particulares a la creación, funcionamiento y mejoramiento de los museos y espacios culturales, en particular, para el desarrollo de nuevas infraestructuras que faciliten el acceso a la cultura y la participación ciudadana (artículo 2 C.P.).

Lo importante será entonces que no se trate simplemente de una donación o transferencia de bienes a un particular, sino de un proyecto que cumpla los requisitos antes señalados y en el que haya un convenio que haga plena claridad, entre otros, sobre las obligaciones y derechos de las partes, los bienes y recursos que cada una de ellas vincularía al proyecto, las áreas culturales públicas, etc.

Se reitera que, en cualquier caso, el respectivo terreno deberá permanecer en cabeza del Estado.

Conforme a lo anterior,

LA SALA RESPONDE

1. *¿Dados los aportes entregados por el Ministerio de Cultura al Museo de Arte Moderno de Bogotá -MAMBO-, como consta en los documentos anexos, la naturaleza privada de la Fundación cambia su naturaleza a mixta, con la participación de capital privado y público?*

²¹ El artículo 6 del Decreto 393 de 1991 se refiere a los convenios de la siguiente manera: “Artículo 6. Convenio especial de cooperación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo segundo”

No. La Fundación Museo de Arte Moderno de Bogotá es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro que no ha cambiado su naturaleza a mixta por el aporte económico realizado por el Ministerio de la Cultura.

2. De acuerdo con la respuesta anterior, ya se trate en cada hipótesis, de una entidad de carácter privada o mixta, el Ministerio de Cultura en virtud del marco legal que determina su competencia, ¿estaría habilitado para declarar un bien inmueble de utilidad pública y ordenar su enajenación voluntaria o expropiación administrativa para luego entregarlo a una entidad sin ánimo de lucro privada o mixta, según sea el caso?

En caso afirmativo, se podría invocar la causal prevista en el literal f) del artículo 10 de la Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 58 de la Ley 388 de 1997 que dispone:

“Artículo 10. Sustituido por el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. Motivos de utilidad pública. Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:

f) Ejecución de proyectos de ornato, turismo y deporte”.

El Ministerio de la Cultura tiene competencia para declarar de utilidad pública un inmueble y ordenar su enajenación voluntaria o expropiación de acuerdo con lo previsto en la ley 9 de 1989 y 397 de 1997. Según el alcance final del proyecto, el Ministerio de Cultura podría invocar el literal a (*creación de infraestructura social en los sectores de educación y recreación*); el literal c (*provisión de espacios públicos urbanos*); el literal f (*desarrollo de obras de ornato, turismo y deportes*); el literal g (*funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas*); y el literal h (*preservación del patrimonio cultural del país*) del artículo 10 de la ley 9 de 1989, en concordancia con el artículo 22 de la Ley 397 de 1997.

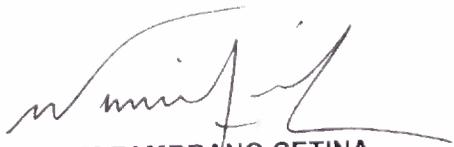
En cualquier caso, la expropiación no puede tener como fin la transferencia a un particular del bien expropiado, sino el desarrollo, directamente o en asocio con otras entidades públicas o privadas, de un proyecto dirigido al fortalecimiento de la infraestructura cultural y de museos del país.

3. En el evento de ser viable la declaratoria de utilidad pública, es viable celebrar un convenio con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la ley 489 de 1998, entre el Ministerio de Cultura y el Museo de Arte Moderno, para desarrollar el proyecto de infraestructura cultural en el que el Ministerio aporta el lote y el Museo los aportes económicos para garantizar la sostenibilidad del proyecto?

El Ministerio de Cultura, directamente o en asocio con otras entidades públicas o privadas, puede desarrollar proyectos de creación o ampliación de la infraestructura cultural y de museos del país. Con ese fin puede vincular a tales proyectos bienes de su propiedad, siempre que no haya una transferencia de los mismos a favor de particulares y que existan beneficios directos para la Nación.

En todo caso, se deberán cumplir los requisitos constitucionales y legales para este tipo de convenios, con observancia también de los principios de economía, eficacia y eficiencia administrativa; y los recursos o bienes asignados por el Estado serán susceptibles de control fiscal por la Contraloría General de la República.

Remítase a la señora Ministra de Cultura y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala

**14 NOV. 2013 LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO NO. 110-798-2013
DEL DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE 20123**