

**PROYECTO DE LEY POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL USO
ADECUADO Y EFICIENTE DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS A
PUBLICIDAD DE NATURALEZA ESTATAL Y SE DICTAN OTRAS
DISPOSICIONES**

BANCADA LEGISLATIVA CENTRO DEMOCRÁTICO

**AUTOR
H.S. IVÁN DUQUE MÁRQUEZ**

**PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2017
SENADO**

***“Por medio de la cual se regula el uso adecuado y eficiente de recursos
públicos destinados a publicidad de naturaleza estatal y se dictan otras
disposiciones”***

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA

ARTÍCULO 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el uso adecuado y eficiente de los recursos públicos destinados a la contratación y gasto de publicidad de naturaleza estatal, con el fin de evitar su uso excesivo, controlar el gasto público asociado a esto, y garantizar la efectividad y eficiencia del gasto en actividades directamente relacionadas con la naturaleza y misión de las entidades estatales.

PARÁGRAFO. La publicidad de naturaleza estatal incluirá eventos y otras actividades con fines promocionales y publicitarios, así como las campañas de promoción e imagen institucional, los eventos especiales, los eventos internacionales, los eventos de “imagen - país”, y aquellos de naturaleza protocolaria y diplomática.

ARTÍCULO 2. Definición. Se entenderá por publicidad de naturaleza estatal cualquier forma de comunicación y divulgación de información dirigida al público en general, la cual se genere, transmita o divulgue a través de diferentes medios de comunicación tales como - pero sin limitarse a -: televisión, radio, prensa, medios electrónicos, medios impresos o

audiovisuales, vallas, pancartas, insertos, anuncios, eventos, portales, plataformas, redes sociales y patrocinios; y que sean contratados, pagados y/o gestionados por las entidades estatales para dar a conocer sus productos, bienes, servicios, planes, programas, proyectos, campañas, convocatorias, y demás actividades relacionadas con sus funciones y competencias legales.

ARTÍCULO 3. Principios. Para garantizar el objeto de la presente ley, la contratación, uso y gasto de publicidad de naturaleza estatal se basará en los principios de equidad, equilibrio, eficiencia, libertad de prensa, igualdad, interés general, imparcialidad y austeridad.

ARTÍCULO 4. Finalidad. En desarrollo del interés general y la austeridad y eficiencia presupuestal, la publicidad de naturaleza estatal tendrá como finalidad instruir a la población sobre:

- a) Acceso a bienes y servicios provistos por el Estado, y/o
- b) Advertir a la población sobre situaciones de urgencia, interés o inmediatez de orden económico, social y/o ecológico.
- c) Celebración de elecciones, actividades de participación popular, democrática, así como de consulta, participación e intervención en actividades judiciales de interés general.

No se podrá interpretar como interés general la publicidad cuya finalidad sea meramente informativa. Se entenderá como informativa la autopromoción, el contenido genérico, los anuncios de autogestión y/o de muestra de resultados, y/o de hechos cumplidos.

PARÁGRAFO. La presentación de resultados, avances, planes y proyectos con información ambigua, engañosa, incompleta y/o manifiestamente falsa será objeto de la acción disciplinaria y fiscal correspondiente.

ARTÍCULO 5. Ámbito de aplicación. La presente ley tiene como ámbito de aplicación toda la estructura del Estado colombiano, incluidas aquellas entidades adscritas, vinculadas o dependientes de la rama ejecutiva como fideicomisos, bancos, programas, proyectos, entidades financieras, o aquellas que a cualquier título reciban recursos provenientes del erario y/o del presupuesto general de la nación para su funcionamiento.

ARTÍCULO 6. Control. Las entidades estatales y aquellas que sean de naturaleza mixta o adscrita velarán por el adecuado control y vigilancia de los rubros que destinen en sus presupuestos para publicidad, en los términos previstos en la presente ley.

La eficiencia del gasto público es una obligación y por ende una responsabilidad que se debe garantizar de manera previa, sin perjuicio del control fiscal, disciplinario y/o penal posterior al que haya lugar.

ARTÍCULO 7. Elecciones. En el evento en que se presenten elecciones, se restringirá la publicidad oficial durante los seis (6) meses previos a dicha elección, salvo para aquellas situaciones definidas en el literales b) y c) del Artículo 4.

PARÁGRAFO PRIMERO. La Organización Electoral, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, reglamentará el acceso y uso de publicidad para la difusión y pedagogía electoral.

PARÁGRAFO SEGUNDO. En caso de que se presenten elecciones atípicas, la Organización Electoral reglamentará los derechos y deberes de las campañas para el uso y difusión de publicidad. La publicidad estatal de naturaleza institucional se limitará a la información relacionada con la celebración de los comicios correspondientes.

ARTÍCULO 8. Planeación. La contratación de publicidad de naturaleza estatal observará los criterios de eficacia y eficiencia en el gasto público, y el régimen jurídico aplicable a la contratación pública. Es obligación de las entidades oficiales elaborar una adecuada planeación presupuestal sobre estos rubros.

Las entidades de las que trata el Artículo 5 - incluidas aquellas de naturaleza mixta, adscrita, o vinculada -, elaborarán un informe semestral con destino a la Contraloría General de la República sobre la contratación, gasto y uso de publicidad en los términos de la presente ley.

El informe al que se refiere este Artículo deberá contener como mínimo la identificación exacta del contratista (persona natural o jurídica), su documento (NIT o cédula de ciudadanía), el objeto del contrato, su valor, plazo, el impacto esperado, la modalidad de contratación con la que se adjudicó, el porcentaje de avance y cumplimiento y las posibles alertas o advertencias que deban ser puestas en conocimiento del organismo de control.

ARTÍCULO 9. Prohibiciones. Estará prohibida toda publicidad de naturaleza estatal dirigida a la autopromoción de funcionarios, y/o que esté orientada a difundir metas y resultados de gestión, enaltecer o promocionar la imagen particular de un funcionario, del gobierno nacional, y/o de un partido o movimiento político.

PARÁGRAFO PRIMERO. Ningún funcionario de una entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o cargo, podrá hacer presencia en la publicidad de dicha entidad sea cual fuere el medio que se utilice, ni podrá destinar recursos de su entidad para el manejo de su imagen personal.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Se entiende exenta de la presente prohibición la participación mediática originada en la invitación, entrevista, reportaje y/u otra actividad del curso ordinario de la libertad de prensa, siempre que esto sea sufragado por los medios de comunicación privados, y que ello no haya tenido origen en un contrato estatal, en la promesa, o en la destinación de fondos provenientes del presupuesto general de la nación.

ARTÍCULO 10. Selección objetiva. La contratación directa no operará en materia de publicidad estatal, salvo en aquellos casos en los que se presenten hechos sobrevinientes de fuerza mayor, tales como, catástrofes y/o desastres naturales, epidemias, pandemias, y/u otras situaciones de grave afectación de la salud pública, graves amenazas, perturbaciones o afectaciones del orden público, económico, ecológico y social.

ARTÍCULO 11. Equilibrio presupuestal. En observancia del principio de austeridad y racionalización del gasto público, ninguna entidad estatal, o adscrita o de naturaleza mixta o vinculada, podrá destinar recursos en materia de publicidad que sobrepasen los rubros definidos para el cumplimiento y desarrollo de sus objetivos, planes y programas misionales, previamente aprobados y/o en ejecución.

PARÁGRAFO. Estarán prohibidas las partidas globales y/o generales en materia de publicidad de naturaleza estatal.

ARTÍCULO 12. Moralidad. Las entidades estatales no podrán contratar publicidad con personas naturales y/o jurídicas que se encuentren sujetas a las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Dicha restricción incluirá a aquellas personas naturales que hayan ocupado cargos y/o hayan sido contratistas en la rama ejecutiva, sus entidades adscritas, vinculadas o aquellas de naturaleza mixta, durante los doce (12) meses anteriores a una elección popular.

PARÁGRAFO. Aquellas empresas, sociedades, compañías y/o personas naturales cuyos directivos, socios o representantes hayan sido condenados por sentencia judicial en firme por hechos de constreñimiento, corrupción, evasión, estafa, falsedad, financiación de organizaciones terroristas, favorecimiento ilícito, fraude, intervención indebida en la celebración de contratos, lavado de activos, malversación, participación en política con fines de financiación ilegal y/ violando los topes legales, espionaje y/o uso de software malicioso, tendrán inhabilidad perpetua para contratar publicidad con entidades de naturaleza estatal.

ARTÍCULO 13. Prelación y equilibrio informativo. En materia de contratación de publicidad de naturaleza estatal se dará prelación a los medios de comunicación y difusión oficiales y comunitarios.

Si se requiriere acudir a proveedores particulares, se aplicarán los criterios de objetividad, imparcialidad y equilibrio, así como lo dispuesto por la Ley 80 de 1993.

PARÁGRAFO. Está prohibida cualquier censura indirecta y/o discriminación negativa.

ARTÍCULO 14. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente exposición de motivos busca dar sustento jurídico y presupuestal a un tema de actualidad nacional como es el gasto público, especialmente en aquello que guarda relación con la contratación, gasto y uso de la publicidad de naturaleza estatal.

Similar iniciativa fue presentada en el periodo correspondiente al año 2014, la cual cursó el trámite legislativo hasta el tercer debate en la Comisión Sexta Constitucional Permanente de la H. Cámara de Representantes, la que fue archivada por ausencia de trámite de acuerdo con lo previsto por el Art. 190 de la Ley 5 de 1992.

No obstante lo anterior, y frente a las realidades presupuestales y fiscales que afronta nuestro país de cara al periodo 2018, y en razón a que esto reviste un tema de total interés de la nación colombiana ante los recientes escándalos en cuanto al gasto en publicidad, la participación de terceros y empresas privadas en la contratación de publicidad de naturaleza estatal, y el aumento de dichos gastos, lo que genera una presión fiscal y obliga a una reglamentación de naturaleza presupuestal a este respecto, consideramos que es una necesidad imperiosa que ello se regule y reglamente adecuadamente.

En ese sentido, presentamos al H. Senado de la República el presente proyecto de ley, el que sometemos a consideración en los siguientes términos:

I. EL GASTO PÚBLICO EN MATERIA DE PUBLICIDAD DE NATURALEZA ESTATAL.

Según un informe elaborado por la Contraloría General de la República (CGR) titulado *Informe de Contratación en Publicidad (2012 - 2014)*¹, el Estado colombiano gastó en publicidad y eventos \$ 2.312.933.351.571, destacándose el ritmo de gasto durante el periodo comprendido entre julio de 2013 y enero de 2014, que fue de \$ 1.188 billones de pesos:

JULIO 2013 – ENERO 2014

	MONTO 2012	MONTO 2013	MONTO 2014
Eventos	\$449.672.131.244	\$64.424.351.393	\$686.198.664.076
Publicidad	\$497.314.055.873	\$112.785.722.920	\$502.538.426.065
TOTAL	\$946.986.187.117	\$177.210.074.313	\$1.188.737.090.141

¹ Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/78918891/Presentacion-Informe-Ejecutivo-PUBLICIDAD-7-0.pdf/929c39c9-a116-4769-ab09-5cd3edbd680d>

A más de las elevadas cifras recogidas por la CGR en su informe sobre gasto en publicidad, la gran mayoría de estos gastos se hicieron mediante la modalidad de contratación directa, lo que, por los valores de los contratos y la selección de los contratistas, supone un contrasentido al espíritu de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del contencioso administrativo sobre la materia.²

Adicionalmente es preciso definir qué clase de publicidad estatal se está contratando y con qué fines. Para nadie es un secreto la necesidad que existe en materia de acceso a la información, especialmente en relación con aquellas situaciones que generan impactos en la población, lo que, en un Estado Social de Derecho, supone la obligación de garantizar ciertos servicios, visibilizar los derechos y cumplir con los fines del Estado a través de planes y programas.

Todo ello conlleva la necesidad de que el principio de publicidad, se verifique a través de la posibilidad real de informar a los asociados sobre los proyectos y planes del gobierno que redunden en su beneficio.

Si bien la anterior afirmación parte del principio de que el gobierno - como encarnación del Estado - procura el interés general y prevé dar uso a la información oficial con el único ánimo de poner en conocimiento de los asociados planes y proyectos que merecen su conocimiento, no es menos cierto que el acceso masivo a medios de comunicación e información, así como un presupuesto robusto previsto para dichos rubros, no suponga la tentación de autopromoción y difusión de gestión, lo que, en época de elecciones, debe ser estrictamente vigilado por la organización electoral y los organismos de control fiscal, penal y disciplinario.

Es en ese orden de ideas que éste Proyecto de Ley procura su esencial sentido de proveer de un marco jurídico preciso en relación con el uso y acceso a la publicidad de naturaleza estatal, basándose en criterios de necesidad, inmediatez, eficacia, eficiencia y austeridad.

En relación con el Informe de la CGR, se pudo evidenciar que 7.8 de cada 10 contratos celebrados en materia de publicidad oficial fueron por la modalidad de *contratación directa*.³

Ello arrojó que, por ejemplo, en un periodo de siete meses el Estado haya realizado contrataciones directas por valor de \$1.188 billones.⁴

Si bien los montos gastados en "publicidad y eventos" llamaron la atención de la CGR, y hoy son objeto de debate nacional con ocasión de la aprobación del

² Consejo de Estado, Fallo 17767 del 31 de enero de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

³ Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

⁴ Solamente \$235.912.768.304 fueron contratados por la modalidad de licitación, concurso u otros.

monto del Presupuesto General de la Nación en el Congreso de la República, es pertinente preguntarse qué tipos de publicidad son utilizados y su necesidad.

A este respecto vale la pena aclarar que, la publicidad oficial puede ser i) informativa y/o ii) pedagógica.⁵ La primera muestra la gestión que se realiza y, la segunda, informa al ciudadano como acceder a programas, planes, bienes y servicios.

El Informe elaborado por la CGR en materia de gastos en publicidad arroja como conclusiones y factores de riesgo en materia de control fiscal las siguientes situaciones:

"[...] 1. SUMINISTRO DE INFORMACIÓN. No existe una única fuente que genere seguridad en la información. Las bases de datos que sirven de insumo para analizar los registros difieren en sus montos, objetos e identificación del contratista. La vulnerabilidad en este punto constituye el punto de partida de mayor riesgo en la transparencia de la gestión del Estado. De establecerse un patrón único y seguro se evitaría que la información que se remite a los entes de control sea incorrecta y de baja calidad.

2. CONCENTRACION DE CONTRATISTAS. Esta constante se evidencia no solamente en la concentración de la contratación del Estado en general sino en la concentración de la contratación de publicidad en particular. De manera repetitiva surgen contratistas con objetos similares y en ocasiones con objetos que distan sustancialmente del eje principal de sus negocios. De igual forma se repiten los contratistas en las uniones temporales.

*3. PUBLICIDAD Y MANEJO DE IMAGEN. La línea divisoria que debería existir entre el manejo de la imagen y la publicidad es cada vez más endeble, toda vez que en repetidas ocasiones se vislumbra que acudiendo a la figura del manejo de la imagen, lo que en el fondo se está contratando es simple y **llanamente publicidad.***

4. ECONOMÍA DE ESCALA. De manera repetitiva se encuentran [sic] los mismos contratistas en los primeros lugares de las diferentes entidades del estado, ya sea por valor o número de contratos. Si el Estado revisa las condiciones económicas para realizar una única contratación con el mismo contratista, lograría beneficios de carácter económico.

*5. CARENCIA DE CLARIDAD NORMATIVA. **La normatividad que rige la publicidad en nuestro país, no limita expresamente ni un mínimo***

⁵ Según el Informe de la CGR (ene – dic 2012 y ene – mar 2013) el 92% de la publicidad contratada fue informativa, el 7% fue pedagógica y el 1% informativa y pedagógica.

ni un máximo en lo que a dineros públicos se refiere, a saber: El artículo 10 del Decreto 1474 del 2011, establecía un tope del 30% a los presupuestos para publicidad o difusión de campañas institucionales (Las entidades del orden nacional y territorial que tengan autorizados en sus presupuestos rubros para publicidad o difusión de campañas institucionales, deberán reducirlos en un treinta por ciento (30%) en el presente año, tomando como base para la reducción el monto inicial del presupuesto o apropiación presupuestal para publicidad o campaña. Una vez surtida la reducción anterior, en los años siguientes el rubro correspondiente sólo se podrá incrementar con base en el Índice de Precios al Consumidor). El artículo 50 de la Ley 1551 del 2012, derogó el artículo que establecía el tope del 30% (Artículo 50. Vigencia de la ley. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el parágrafo 1° del artículo 10 de la Ley 1474 de 2011. Parágrafo 1°. Derogado por el art. 50, Ley 1551 de 2012. Las entidades del orden nacional y territorial que tengan autorizados en sus presupuestos rubros para publicidad o difusión de campañas institucionales, deberán reducirlos en un treinta por ciento (30%) en el presente año, tomando como base para la reducción el monto inicial del presupuesto o apropiación presupuestal para publicidad o campaña. Una vez surtida la reducción anterior, en los años siguientes el rubro correspondiente sólo se podrá incrementar con base en el Índice de Precios al Consumidor). **En conclusión, para efectos de la inversión del erario público en publicidad NO existe límite alguno, salvo los principios de austeridad en el gasto público.**

6. PEDAGOGICO vs INFORMATIVO. Para efectos de la revisión efectuada tanto al tema de Publicidad como de Eventos, no se especifica de manera clara el objetivo del objeto contractual, de esta manera, lo que se contrata con un interés meramente pedagógico, en una segunda revisión se trataría de publicidad informativa. De especificarse de manera expresa su contenido, se podría reducir este importante riesgo. Lo que se pretende en este punto es lograr delimitar en lo posible el marco conceptual tanto de lo informativo como de lo pedagógico, y de esta manera evitar que la interpretación de lo uno o de lo otro se maneje de manera subjetiva por parte del ente estatal.

7. INDEPENDENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Acudiendo de una parte a los principios éticos sobre el manejo de la información publicitaria del sector público y de otra, a la importante inversión sin límite alguno de la podrían beneficiarse los medios de comunicación encargados de efectuar la difusión de los mismos, debería establecerse para este tema en particular un estatuto que rija esta materia de manera directa. En otras palabras, el contratante (estado) y el contratista (medio de comunicación), podrían comprometer la objetividad de la información como consecuencia de una inversión

publicitaria que no establece parámetros claros legales para su funcionalidad.

8. PUBLICIDAD EN ASCENSO. De acuerdo con el comportamiento histórico del gasto trimestral, es sabido que el primer trimestre de cada vigencia fiscal es inferior a los subsiguientes; no obstante, para el año 2013 desde ahora se puede pronosticar que el gasto en publicidad refleja casi el 25% del presupuesto de la vigencia anterior, de lo cual se puede predecir que el gasto total de publicidad para el año 2013 será superior al año 2012. Comparativamente en el primer trimestre de 2012 se contrató un poco menos de 80.000 millones, para este año la suma superaba los 112.000 millones (28% de crecimiento). [...]”⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

La necesidad real de establecer un marco jurídico aplicable a los límites que deben existir en materia de gasto público en publicidad de naturaleza estatal, no deviene de las coyunturas de campañas políticas, ni puede fundarse en el argumento vencido/vencedor, sino que responde a la necesidad real, que como anota la CGR, existe de darle un sentido de eficiencia y eficacia al gasto público.

En Cartagena, por ejemplo, la ciudad ha avanzado con la implementación de normas expedidas en 2008 que crearon un comité oficial y establecieron una serie de criterios para la contratación de la publicidad oficial. A nivel departamental, el 6 de abril de 2009, el gobierno de Caldas dictó el Decreto 0020 por medio del cual se establecieron mecanismos para la contratación de espacios de publicidad a cargo de las entidades centralizadas y descentralizadas del nivel departamental, y se creó un comité asesor de publicidad.⁷

El 10 de mayo de 2014 el Presidente de la República se comprometió a reducir el gasto en publicidad estatal. Prometió bajarla en 40 %, lo mismo los gastos de viaje y viáticos en 15 %, el gasto de celulares y papelería en 10 %, a la vez que los gastos en vehículos, gasolina, esquemas de seguridad y escoltas.

El hecho de que la publicidad haya sido el área de la contratación estatal que el presidente se comprometió a reducir no es gratuito. Durante su primer cuatrienio, la publicidad contratada por el Estado fue millonaria y según una evaluación de los organismos de control, pudo haber supuesto un gasto excesivo.

⁶ Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/78918891/Presentacion-Informe-Ejecutivo-PUBLICIDAD-7-0.pdf/929c39c9-a116-4769-ab09-5cd3edbd680d>

⁷ CIDH, *Informe Anual 2003*. OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*).

Sin embargo, en las discusiones de la Ley General del Presupuesto durante los periodos 2015, 2016, 2017, y ahora en el anteproyecto 2018, la situación sigue siendo igual que la anterior.

Situaciones como la participación de compañías nacionales e internacionales investigadas y sancionadas por corrupción y constreñimiento electoral, y que estas empresas cuestionadas sean las destinatarias de grandes contratos estatales para la organización de eventos y los gastos desmedidos en publicidad llaman la atención ante la situación económica general en nuestro país.

A guisa de ejemplo cabe notar que en el 2012 el Estado gastó en eventos y publicidad \$ 946.000 millones (\$55.000 millones correspondieron a la Cumbre de las Américas), y en el 2013 \$177.210 millones, entre julio del 2013 y enero del 2014, el gasto fue de \$1,1 billones: \$686.000 millones en eventos y \$502.538 en publicidad.

Para la Contraloría General de la República llama poderosamente la atención que en época preelectoral, y en sólo siete meses, se igualaran los montos de publicidad entre el 2012 y el primer trimestre del 2013.

Más sorprendente aún fue el descubrimiento que hizo la Contraloría de que en esa época preelectoral el 91 % de los contratos fue para publicidad informativa y sólo el 9 % para publicidad pedagógica. La publicidad informativa corresponde a mostrar la gestión realizada, mientras que la pedagógica es el tipo de información necesaria e indispensable para el ciudadano, para acceder a los bienes y servicios públicos ofrecidos por las entidades. Esto significa que las entidades adscritas al Gobierno invirtieron, en plena época preelectoral, \$456.939 millones para publicitar su gestión.

Desde el 2014 el Gobierno Nacional (principal contratante de publicidad) se comprometió a ahorrar \$1 Billón de pesos por este rubro, no obstante lo anterior, vemos como el gasto se mantiene, en contraposición a las necesidades del país.

II. EJEMPLOS DE REGULACIONES SIMILARES EN EL DERECHO COMPARADO

Con miras a dar mayor claridad sobre el tema, es preciso hacer referencia a otros ejercicios jurídicos desarrollados en Estados con sistemas legales similares al nuestro para, en un adecuado contexto, reiterar la necesidad y pertinencia de una norma en este sentido.

Adicionalmente, el Derecho Internacional, por lo menos desde la perspectiva del derecho flexible, se ha referido al tema, por lo que tomaremos los pronunciamientos de Organizaciones Internacionales respecto a esta materia.

PERÚ

La República del Perú cuenta con una ley en materia de regulación de publicidad oficial. Esta norma prevé en su objeto:

“[...]”

a) *Establecer los criterios generales para el uso de los recursos que las instancias del Gobierno Nacional, gobierno regional y gobierno local, destinarán al rubro de publicidad, en prensa escrita, radio y televisión.*

Y,

b) *Fiscalizar la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos para la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión. [...]”⁸*

Dentro del contenido de la norma se prevé un régimen jurídico que comprende el ámbito de aplicación (Art. 2), unos requisitos para contratar publicidad oficial (Art. 3), unos criterios generales que limitan el gasto en campañas de difusión, información y promoción; y de austeridad y racionalidad en el gasto público (Art. 4), la prohibición expresa de erogar recursos a favor de cualquier funcionario o candidato de elección popular, así como la prohibición de privilegiar prestadores privados (Art. 5), el principio de publicidad y transparencia que debe existir en cuanto la publicación de los contratos y sus montos (Art. 6), la preferencia que se debe dar a los medios de comunicación y difusión oficiales (Art. 7) y, un régimen sancionatorio (Art. 8).

Este instrumento recoge en esencia las advertencias hechas por la CGR para el caso colombiano, por lo que supone no solo un interesante caso de estudio, sino una importante fuente de derecho comparado respecto al Proyecto que se propone.

ESPAÑA

En el Reino de España, la Ley 29 de Publicidad y Comunicación Institucional⁹, sancionada el 29 de diciembre de 2005, establece un marco jurídico que define los objetivos de la pauta oficial; establece que ésta no puede ser utilizada para la autopromoción, en el sentido de que no puede “*destacar los logros de gestión*” y la prohíbe durante períodos electorales.

En el ámbito regional similares Proyectos de Ley se han presentado a

⁸ Ley No. 28874, 14 de agosto de 2006, Congreso de la República del Perú.

⁹ Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/12/30/pdfs/A42902-42905.pdf>.

consideración de los congresos de Panamá¹⁰, Uruguay¹¹ y Chile¹², los que se encuentran aún en trámite legislativo.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el documento titulado *Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial* (2011), elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹³, se evidenció lo siguiente:

El Artículo 13.3 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se refiere, específicamente, a estos mecanismos indirectos que tienden a “*impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones*”. En efecto, dicho artículo establece:

“[...] No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. [...]”

Ahora bien, en relación con las situaciones que se evidencian en Colombia y que han servido como hecho social que fundamenta la necesidad de una legislación sobre esta materia, se evidencia que el presupuesto amplio del que goza la Administración para pautar en publicidad y así influir en contenidos editoriales, opiniones, y otros, han sido objeto de especial interés, no solo por parte de la CIDH, sino de otras organizaciones como la OCDE y la ONU.

Fue así como los Relatores Especiales de dichos organismos en su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que, “*los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado*”.

Si bien el tema de la regulación de los medios de comunicación y los requisitos que se deben cumplir para no vulnerar la libertad de expresión no han sido

¹⁰ Disponible en

http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/ANTEPROYECTO/2013_A_068.pdf

¹¹ Disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/indexdb/Repertorios/ListarRepertorio.asp?Id=5724>

¹² Disponible en: http://www.senado.cl/cgi-bin/prontus_search.cgi?search_prontus=prontus_senado&search_idx=ALL&search_tmp=search.html&search_mod=and&search_orden=cro&search_resxpag=10&search_maxpags=20&search_form=yes&search_texto=avisaje

¹³ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/publicidad.asp>

objeto de un pronunciamiento expreso de parte de los organismos del sistema interamericano hasta la fecha, la Declaración Conjunta de 2003 de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OCDE abordó expresamente este tema condenando *“los intentos de algunos gobiernos de limitar la libertad de expresión y de controlar a los medios de comunicación y/o a los periodistas a través de mecanismos regulatorios carentes de independencia o que, de cualquier manera, representan una amenaza a la libertad de expresión”*.

La distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial fue uno de los primeros mecanismos de censura indirecta abordados por el sistema interamericano. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual 2003 dedicó un capítulo especial a estudiar el fenómeno y concluyó que *“la obstrucción indirecta a través de la publicidad estatal actúa como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión”*¹⁴.

Según indicó en ese momento la Relatoría Especial:

*“[...] este tema merece especial atención en las Américas, donde la concentración de los medios de comunicación ha fomentado, históricamente, el abuso de poder por parte de los gobernantes en la canalización del dinero destinado a la publicidad”*¹⁵. [...]

De acuerdo con la Relatoría Especial de la CIDH, la distribución arbitraria de publicidad oficial, como otros mecanismos de censura indirecta, opera sobre distintos tipos de *necesidades* que los medios de comunicación tienen para funcionar e *intereses* que pueden afectarlos. Es una forma de presión que actúa como *premio* o *castigo* que tiene por objeto condicionar la línea editorial de un medio según la voluntad de quien ejerce la presión.

Como corolario de lo anterior, la Relatoría en el Informe (2011) señaló:

“[...] Los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En consecuencia, estas formas de censura indirecta son particularmente difíciles de detectar, ya que no es fácil determinar con exactitud la línea que separa al ejercicio legítimo de una facultad de la restricción ilegítima de un derecho.

¹⁴ CIDH. *Informe Anual 2003*, OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003. Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 13.

¹⁵ CIDH. *Informe Anual 2003*. OEA/ Ser. L/ V/ II.118. Doc. 70, 29 de diciembre de 2003 Volumen III: *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Capítulo V (*Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de Publicidad Oficial*), párr. 2.

Desde este punto de vista, una facultad legítima del Estado puede configurar una violación del derecho a la libertad de expresión si (a) el ejercicio de la facultad estuvo motivado en la posición editorial del sujeto afectado y (b) el ejercicio tuvo por objeto condicionar el libre ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En el caso de la distribución de la publicidad oficial, se configura un caso de censura indirecta cuando la misma es realizada con fines discriminatorios de acuerdo a la posición editorial del medio incluido o excluido en ese reparto y con el objeto de condicionar su posición editorial o línea informativa. [...]"¹⁶

Un caso de especial relevancia es el de *Editorial Río Negro c. Provincia de Neuquén*, en donde la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina dictaminó lo siguiente:

"[...] La ausencia de marcos regulatorios adecuados ha generado que la distribución arbitraria de publicidad oficial resulte cuestionada en varios países ante las autoridades judiciales. Como ya fue mencionado, uno de los principales antecedentes a nivel local es el caso Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en septiembre de 2007. Dicho caso trataba sobre una demanda iniciada por el diario Río Negro contra la Provincia de Neuquén, cuyo gobierno había suspendido la pauta oficial en dicho medio de comunicación como consecuencia de una denuncia de corrupción que había publicado el periódico. En dicha oportunidad, la Corte Suprema entendió que si el Estado decide distribuir publicidad oficial, debe hacerlo con base en dos criterios constitucionales:

"1) [N]o puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios [con base en] criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión [...]"¹⁷.

El Tribunal de Justicia argentino recogió lo señalado por el Informe Anual 2003 de la Relatoría Especial de la CIDH y, consideró que "el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, con base en criterios irrazonables"¹⁸, asimismo estimó que esa distribución arbitraria "configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario 'Río Negro' y sus lectores tienen en

¹⁶ Página 7 Principios sobre Regulación de la Publicidad Oficial y Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 6/12, 7 de marzo de 2001, disponible en: www.oas.org

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso *Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 11.e.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso *Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 4.

*el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones*¹⁹.

Especial relevancia merece el criterio expuesto en relación con aquellos medios de oposición o que no comparten las líneas, mensajes y/o políticas del gobierno de turno, lo que, a través del ejercicio del poder exorbitante del Estado en materia de presupuesto para publicidad, no puede suponer una discriminación negativa y por ende una censura indirecta.

A este respecto la justicia argentina señaló:

*"[...] El criterio expresado por la Corte Suprema de Argentina en el caso Río Negro fue replicado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, que resolvió un reclamo de Editorial Perfil en contra del Estado Nacional por haber sido excluida del reparto de pauta oficial como consecuencia de su postura crítica. En esa oportunidad, los jueces de la Sala IV sostuvieron que "[e]l gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación de dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario."*²⁰

*Estos casos fueron precedidos por detallados estudios que documentaron, a través de pedidos de acceso a la información pública, los mecanismos de distribución de la publicidad oficial*²¹. Este tipo de investigaciones son de vital importancia para identificar las deficiencias de la regulación o las asignaciones arbitrarias de los Estados tendientes

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso *Río Negro*, decisión del 5 de septiembre de 2007, considerando 9.

²⁰ Sala IV de la Cámara de lo Contencioso Administrativo Federal. 10 de febrero de 2009. Causa No. 18.639/2006: *Editorial Perfil S.A. y otro contra EN – Jefatura Gabinete de Ministros – SMC sobre amparo ley 16-986*, considerando 11; Asociación por los Derechos Civiles. 11 de febrero de 2009. *Caso Perfil: un fallo en contra de la censura indirecta*. Disponible en: http://www.adc.org.ar/sw_contenido.php?id=513; Comité para la Protección de los Periodistas. 19 de febrero de 2009. *Argentine court orders official ads into critical publications*. Disponible en: <http://cpj.org/2009/02/argentine-court-orders-official-ads-into-critical.php>; Sociedad Interamericana de Prensa. 12 de febrero de 2009. *Satisface a la SIP fallo en Argentina sobre publicidad oficial*. Disponible en: http://www.sipiapa.org/v4/index.php?page=cont_comunicados&seccion=detalles&id=4136&idioma=sp

²¹ Ver *Una Censura Sutil. Abuso de la publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*. Asociación por los Derechos Civiles / Open Society Justice Initiative. Buenos Aires: Porter y Cía., 2005 y *El Precio del Silencio. Abuso de publicidad y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles / Open Society Justice Initiative. Buenos Aires: Porter y Cía., Colección Reformas Legales, 2008.

a influir, de manera indirecta, en el contenido de los medios. [...]"

A guisa de conclusión es pertinente advertir lo que la Relatoría Especial de la CIDH ha definido como criterios necesarios para garantizar la libertad de expresión y regular el gasto oficial de publicidad, en aras de no incurrir en la censura indirecta.

Para ello el organismo regional ha señalado:

1. La necesidad de establecer leyes especiales, claras y precisas.
2. Definir objetivos legítimos de la publicidad oficial.
3. Establecer unos criterios de distribución de la pauta estatal.
4. Una adecuada planeación.
5. Establecer mecanismos claros de contratación.
6. Garantizar la transparencia y acceso a la información.
7. Definir un control externo para la asignación publicitaria.
8. Garantizar un pluralismo informativo y publicidad oficial.

III. EL GASTO PÚBLICO EN MATERIA DE PUBLICIDAD DE NATURALEZA ESTATAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

A) LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La publicidad estatal debe guardar estricto equilibrio con el derecho a la libre expresión, es así como el Artículo 20 constitucional, aun cuando no se refiere a la publicidad en específico, sí hace claridad sobre la libertad de expresión y el acceso a información, es así como dispone:

"[...] ARTÍCULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. [...]"

Esta situación se ve complementada también, desde la perspectiva constitucional, por la posibilidad democrática de acceder a la participación política y el papel fundamental que juegan los movimientos, partidos y asociaciones que, de cara a la contienda electoral, buscan publicitar sus postulados, ideologías y planes, en igualdad de condiciones que lo hace la Administración, especialmente cuando esta ostenta la doble condición de ser actora (Ej. Reelección) y participe (Ej. Ministerios que ejercen controles).

En tal sentido, la Carta Política dispone en el Artículo 103:

“[...] Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan. [...]”

El acceso democrático deviene del solo derecho a la participación, libre elección, postulación, entre otros derechos de orden constitucional. Desde la perspectiva moderna el acceso a los medios de comunicación y difusión son necesarios en aras de la equidad e igualdad de condiciones, es por ello que, el derecho debe venir acompañado de la libertad de disposición, en el sentido de que el solo hecho fundacional de un partido debe venir aparejado por la posibilidad de difundir sus ideas y postulados, por lo que, no puede ser solo el partido de gobierno aquel que detente tal derecho, sino que, en aras de la equidad y objetividad, todos los movimientos y partidos legalmente reconocidos y constituidos tengan acceso a tales garantías, especialmente en aras de la publicidad y visibilización.

En este sentido el Artículo 107 de la Carta Política señala:

“[...] Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio.

Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. [...]"

Como corolario de lo anterior, también vale la pena mencionar los Artículos 108 y 109 Constitucionales.

El Artículo 109 constitucional dispuso que:

"[...] El Estado concurrirá a la financiación política y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.

Las campañas electorales que adelanten los candidatos avalados por partidos y movimientos con Personería Jurídica o por grupos significativos de ciudadanos, serán financiadas parcialmente con recursos estatales.

La ley determinará el porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación.

También se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley.

Un porcentaje de esta financiación se entregará a partidos y movimientos con Personería Jurídica vigente, y a los grupos significativos de ciudadanos que avalen candidatos, previamente a la elección, o las consultas de acuerdo con las condiciones y garantías que determine la ley y con autorización del Consejo Nacional Electoral.

Las campañas para elegir Presidente de la República dispondrán de acceso a un máximo de espacios publicitarios y espacios institucionales de radio y televisión costeados por el Estado, para aquellos candidatos de partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos cuya postulación cumpla los requisitos de seriedad que, para el efecto, determine la ley.

Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.

Los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos.

Es prohibido a los Partidos y Movimientos Políticos y a grupos significativos de ciudadanos, recibir financiación para campañas electorales, de personas naturales o jurídicas extranjeras. Ningún tipo de financiación privada podrá tener fines antidemocráticos o atentatorios del orden público.

Parágrafo. La financiación anual de los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica ascenderá como mínimo a dos puntos siete (2.7) veces la aportada en el año 2003, manteniendo su valor en el tiempo.

La cuantía de la financiación de las campañas de los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica será por lo menos tres veces la aportada en el período 1999-2002 en pesos constantes de 2003. Ello incluye el costo del transporte del día de elecciones y el costo de las franquicias de correo hoy financiadas.

Las consultas de los partidos y movimientos que opten por este mecanismo recibirán financiación mediante el sistema de reposición por votos depositados, manteniendo para ello el valor en pesos constantes vigente en el momento de aprobación de este Acto Legislativo.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1 ° de agosto de 2009, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle este artículo.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional. [...]” (Subrayado fuera de texto).

Especial análisis merece lo previsto por el Artículo 109, modificado por el Artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2009. Al respecto vale la pena notar lo siguiente:

- El Estado como financiador político y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.
- El artículo constitucional otorga la facultad reglamentaria al legislativo, el que deberá señalar el monto, porcentaje y proporción de dicha financiación.

- Ahora bien, amén de la norma constitucional y la modificación incluida por el Acto Legislativo 1 de 2003 en su Artículo 3, se limitan y reglamentan las cuantías, topes y montos de las campañas, así como se garantiza el derecho al acceso a medios de comunicación y difusión.
- Si la violación de dichas normas supone las sanciones disciplinarias y políticas para los candidatos, la igualdad ante la ley debe suponer el hecho de que la Administración también sea limitada en cuanto a su participación, acceso y uso de los medios de comunicación y difusión.

De otra parte es pertinente recordar que, durante la vigencia de la reelección y/o la participación de candidatos provenientes del Gobierno o su partido, la necesidad de reglamentar el uso y acceso a la publicidad (oficial o contratada a través de particulares) y el adecuado equilibrio que debe existir en cuanto al acceso equilibrado y equitativo a medios de información y difusión, deben reposar sobre la base de aquello que supone un deber legal de acción como función administrativa del ejecutivo (Estado) y un hecho o acto político de campaña, como la publicitación de planes, programas, obras y otros.

Sobre este particular, el Artículo 209 constitucional dispone que:

“[...] La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. [...]”

B) RÉGIMEN JURÍDICO

La Ley 996 de 2005 “*por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones*”, tiene por objeto:

“[...] Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de

condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición. [...] (Subrayado fuera de texto).

A su turno, el Artículo 3 dispone:

"[...] Artículo 3º. Actividades de la campaña presidencial. Se entiende por actividades de campaña presidencial, la promoción política y la propaganda electoral a favor de un candidato a la Presidencia de la República. La promoción política hace referencia a la divulgación de la propuesta de gobierno o proyecto político del candidato. La propaganda electoral es el conjunto de actividades políticas realizadas con la finalidad directa de convocar a los electores a votar en favor de un candidato. [...]" (Subrayado fuera de texto).

En relación con el acceso equitativo a medios de comunicación y difusión, lo que a su vez es garantía de transparencia en el gasto oficial en publicidad que debe hacer el Estado, la ley señala:

"[...] Artículo 22. Acceso equitativo a espacios en los medios de comunicación social que usan el espectro electromagnético. En el período comprendido entre los sesenta (60) días anteriores a la elección presidencial y ocho (8) días antes a la misma, el Estado hará uso Durante un (1) mes del Espectro Electromagnético destinado a los concesionarios y operadores privados de radio y televisión en un espacio diario de dos (2) minutos en televisión en horario "triple A" y cuatro (4) minutos diarios en radio en el horario de mayor audiencia, para que los candidatos divulguen sus tesis y programas de gobierno. El Consejo Nacional Electoral determinará por sorteo la distribución de estos espacios entre los distintos candidatos, durante los días hábiles de la semana. Estos programas se emitirán hasta ocho días antes de la fecha de votación.

Los costos de producción de estos programas, serán asumidos respectivamente por cada una de las campañas presidenciales.

Parágrafo. En el caso del servicio de televisión, la Comisión Nacional de Televisión reservará dichos espacios, previo concepto del Consejo Nacional Electoral. En el caso del servicio de radiodifusión, dicha reserva deberá ser hecha por el Ministerio de Comunicaciones, en los mismos términos. [...]"

En cuanto al equilibrio informativo, el Artículo 25 de la mencionada Ley dispuso:

“[...] Artículo 25. Garantía de equilibrio informativo entre las campañas presidenciales. Los concesionarios y operadores privados de radio y televisión deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas presidenciales y el proselitismo electoral. Para estos efectos, remitirán un informe semanal al Consejo Nacional Electoral de los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se les otorgaron a las actividades de campaña presidencial de cada candidato. El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará que la presencia de los candidatos en dichas emisiones o publicaciones sea equitativa.

Si de estos informes el Consejo Nacional Electoral deduce que no se ha dado un trato equitativo en la información de las actividades políticas de los candidatos presidenciales, la entidad solicitará al respectivo medio de comunicación social que establezca el equilibrio informativo, y podrá acordar con el respectivo medio y la Comisión Nacional de Televisión, o el Ministerio de Comunicaciones, según sea el caso, las medidas que se requieran dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes.

Las campañas presidenciales suministrarán diariamente material audiovisual y escrito suficiente sobre las actividades políticas de sus candidatos a los medios de comunicación social, quienes seleccionarán libremente los aspectos que consideren valiosos para la información noticiosa. [...]” (Subrayado fuera de texto).

En relación con el equilibrio que debe reinar en las contiendas electorales, derivada de la transparencia en la publicidad y propaganda oficial y, la adecuada separación que debe existir entre los “actos de gobierno” y los “actos de campaña”, lo que, definitivamente permea el gasto en publicidad oficial del Estado, la H. Corte Constitucional en la Sentencia C – 1153 de 2005 dispuso:

“[...] La figura de la reelección en el país marca un cambio en las reglas de juego del ejercicio del poder y la democracia. En primer lugar, desde el punto de vista de la dinámica del ejercicio del poder, la reelección implica contradicciones que saltan a la vista. La posibilidad de desempeñar, a un tiempo, los roles de Presidente de la República y candidato a la Presidencia engendra confusiones no siempre fáciles de resolver. La dicotomía la impone el hecho de que, en nuestro sistema de gobierno, el jefe del Ejecutivo es la máxima autoridad administrativa, es el jefe del Estado y el jefe de Gobierno, al tiempo que funge como máximo jefe de la Fuerza Pública, y esa múltiple condición lo compromete por excelencia con la promoción del interés general y la consecución del bien común; sin embargo, simultáneamente, el papel de candidato a la presidencia lo faculta jurídicamente para perseguir un interés particular que, aunque legítimo, no necesariamente coincide con

el interés común. La alteración natural que la presencia de la figura presidencial produce en la contienda política obliga al legislador a precaver los efectos de una lucha desigual. Por ello, si su deber es garantizar que la carrera por la primera magistratura se defina por el peso de las ideas y no por la inercia del poder, su obligación reside en adoptar medidas que minimicen el ímpetu de las ventajas presidenciales. [...]".

A más de lo anterior, el adecuado equilibrio electoral como presupuesto de igualdad es recogido por el Tribunal Constitucional señaló:

"[...] No es cierto que no se restrinja en el tiempo la facultad de intervención presidencial, ni tampoco que se permita una "precampaña política" sin la aplicación de las medidas establecidas en la Ley para asegurar la igualdad electoral. Todo lo contrario, la norma sí fija un límite temporal de un mes para la intervención presidencial en la precampaña política, y sí establece que dentro de dicho lapso se apliquen al presidente o al vicepresidente que actúen como precandidatos las mismas reglas que, con miras a garantizar la igualdad electoral, se prevén en el caso en que dichos funcionarios sean candidatos a la elección presidencial. Por lo mismo, por este aspecto no puede hablarse de que la norma bajo examen obstaculice tal igualdad entre los candidatos. Por tal razón, los reproches de inconstitucionalidad que en este sentido formulan la Defensoría y la Procuraduría no se fundan en razones ciertas, en cuanto no tienen en cuenta lo que la disposición atacada realmente prescribe. En cuanto a la apreciación de la Vista Fiscal según la cual no puede otorgarse un término igual de un mes a los demás precandidatos y al Presidente en ejercicio para la realización del proselitismo al interior del partido, la Corte estima que le asiste razón al señor Procurador. Justamente, si el propósito de la ley es lograr la igualdad electoral, dicha restricción temporal para hacer campaña al interior del partido debe cobijar solamente al presidente candidato, que es quien se encuentra por este aspecto en una posición ventajosa que resulta necesario compensar. [...]"²²

La Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", dispone que:

"[...] ARTÍCULO 10. PRESUPUESTO DE PUBLICIDAD. Los recursos que destinen las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, en la divulgación de los programas y políticas que realicen, a través de publicidad oficial o de cualquier otro medio o mecanismo similar que

²² Sentencia C – 1153 de 2005, expediente PE-024, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

implique utilización de dineros del Estado, deben buscar el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad y garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. En esta publicidad oficial se procurará la mayor limitación, entre otros, en cuanto a contenido, extensión, tamaño y medios de comunicación, de manera tal que se logre la mayor austeridad en el gasto y la reducción real de costos.

Los contratos que se celebren para la realización de las actividades descritas en el inciso anterior, deben obedecer a criterios preestablecidos de efectividad, transparencia y objetividad.

Se prohíbe el uso de publicidad oficial, o de cualquier otro mecanismo de divulgación de programas y políticas oficiales, para la promoción de servidores públicos, partidos políticos o candidatos, o que hagan uso de su voz, imagen, nombre, símbolo, logo o cualquier otro elemento identificable que pudiese inducir a confusión.

En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no esté relacionada con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo. [...]"

La obvia necesidad de limitar prácticas como la autopromoción y la auto publicidad de una gestión que se reputa pública enmarcada en el interés general y las obligaciones legales de la función pública suponen que, más allá de generarse reconocimientos por el cumplimiento de una obligación, la información (publicidad) debería versar sobre hechos y situaciones que deban ser comunicadas a la comunidad en aras de poder ejercer derechos, acceder a garantías, y/o lograr el acceso uso y goce efectivo de los mismos, más allá de la necesidad de "promocionar" hechos de gestión o gobierno, más aun en las coyunturas propias de las contiendas electorales, solo por mencionar algunas situaciones en donde el gasto en publicidad, el acceso equitativo, el equilibrio informativo y la verdadera necesidad de brindar información, clara, precisa y objetiva, más que informes de gestión o publicitación de obras, situaciones o hechos como situaciones propias y/o directamente relacionadas con la función administrativa que, como se ha anotado, supone una obligación legal reglamentada de forma especial, concreta y específica que deviene del marco constitucional y legal.

La necesidad de legislar sobre la publicidad estatal y la eficiencia de dicho gasto -, entendido finalmente como gasto público -, deriva del hecho de que la Ley 1474 de 2011, que contenía un régimen más exigente, fue posteriormente reformada por la Ley 1551 de 2012, que derogó el régimen previo ubicándonos en la situación actual.

REGLAMENTACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (CNE)

La organización electoral, encarnada en el CNE como garante de las elecciones y la participación política, definió en la Resolución No. 0289 de 2014 que:

- Se debe contar con unos topes definidos para la campaña presidencial, especialmente cuando el jefe de Estado ostenta la doble condición de presidente y candidato.
- En igual sentido, y al preverse la segunda vuelta para la elección presidencial, el monto debe ser redefinido en aras del equilibrio en el acceso a recursos, en donde, claramente se indica el tope para el (o los, en el caso de la primera vuelta) candidato y otro para el caso del candidato que ostenta la jefatura del Estado.
- Así las cosas, la Resolución prevé para la primera vuelta un tope máximo legal para el candidato presidente de \$13.552.953.683 y, un tope máximo legal de \$9.499.258.340 para la segunda vuelta.

A manera de ilustración y para el objeto del Proyecto de Ley que se propone y, según la información aportada por la CGR, durante el periodo comprendido 2012 – 2014, el Estado colombiano gastó en publicidad y eventos \$ 2.312.933.351.571.

El ritmo de gasto tuvo un marcado incremento durante los últimos siete (7) meses, en donde fue de \$ 1.188 billones de pesos:

Ello representa un gasto aproximado durante el periodo 2012 - 2014 de casi \$2 billones de pesos, lo que, sin lugar a dudas, debe ser reglamentado por las razones expuestas.

IV. DESARROLLOS RECIENTES (2017)

El Presidente de la República sancionó la Ley 1864 de 2017, que modifica el Código Penal y contempla penas entre cuatro y ocho años de cárcel, así como también altas multas a quienes violen los topes de gastos en campañas electorales o utilicen recursos para estos fines de fuentes prohibidas.

El pago de \$1.200 millones de pesos por parte de la multinacional brasilera ODEBRECHT para una encuesta de opinión, a través de la agencia Sancho Publicidad, con Roberto Prieto (exgerente de campaña) demuestra la necesidad de una ley que regule y sancione estos temas.

Según información periodística, el señor Roberto Prieto, en 2010, creó una sociedad comercial en Panamá y abrió una cuenta en un banco en la que le

consignaron US\$450.000 por parte de ODEBRECHT para el pago de un trabajo publicitario para la campaña de Juan Manuel Santos de ese año.²³

Otra situación de contratación en publicidad de naturaleza estatal que desbordó todos los topes y se configuró en una burla a la ley, a la eficacia, la eficiencia, la austeridad y los prometidos recortes anunciados por este gobierno tiene que ver con el contrato para la "VI Cumbre de las Américas", que suscribió el Fondo Rotatorio de la Cancillería por más de \$50.000 millones, y en el que la Contraloría encontró también varias inconsistencias en el proceso licitatorio y sobrecostos en la ejecución.

La Procuraduría General de la Nación encontró irregularidades en ese y otros contratos como los que FINDETER le entregó a MARKETMEDIOS y que suman más de \$2.500 millones de pesos otorgados "a dedo".

Según la investigación periodística de la emisora La W "en su momento el presidente de FINDETER, Luís Fernando Arboleda, aseguró que los contratos celebrados con MARKETMEDIOS fueron realizados dentro del marco legal y que no influyó su relación con Roberto Prieto, amigo de vieja data, y quien además le dijo a La W que él lo había recomendado para el cargo luego de trabajar juntos en la campaña Santos 2010".²⁴

Otros contratos objeto de investigación por la Procuraduría son los suscritos entre MARKETMEDIOS y la Registradora General de la Nación, según el registrador Juan Carlos Galindo, se hizo *contratación directa* debido a que se trataba de una prestación de servicios y se escogió a la empresa MARKETMEDIOS porque presentaron la mejor propuesta económica.²⁵

La información recogida por la Procuraduría también será entregada a la Fiscalía para que sea tenida en cuenta dentro de la investigación que se le adelanta a Roberto Prieto.²⁶

Para evitar estas situaciones, la Ley 1864 de 2017 en su artículo 14 dispone que: "El gerente de la campaña electoral que permitan en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años, multa de 400 a 1.200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo".

²³ https://www.google.com.co/search?q=gastos+en+publicidad+estatal&source=Inms&tbn=nws&sa=X&ved=0ahUKEwjGnZ2v5ujVAhWFJCYKHe5UCIsQ_AUICygC&biw=1366&bih=662

²⁴ <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/que-contratos-irregulares-encontro-procuraduria-entre-entidades-estatales-y-marketmedios/20170426/nota/3447097.aspx>

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

Esta ley (1864) define *“multas entre 50 y 200 SMLMV por el delito de perturbación del sistema democrático. También habrá multas para quienes cometan constreñimiento al sufragante. En este último delito, la pena oscila entre cuatro y nueve años de prisión, sin embargo, podría aumentarse de la mitad al doble en caso de que sea cometido por un servidor público”*.²⁷

Otras situaciones que deben ser relacionadas en la era de las tecnologías de la información y el uso de redes sociales tiene que ver con episodios como el denunciado por el H. Senador Daniel Cabrales, según quién existió un millonario contrato que celebró la empresa BRANDMEN con el gobierno de Juan Manuel Santos, específicamente con la Imprenta Nacional de Colombia.

El portal informativo PANAMPOST elaboró una investigación periodística en donde descubrió que en dicho contrato, que dio inicio el 29 de noviembre de 2016, por un valor de 71.340.000 de COP (USD \$24.000) y tuvo una duración de 31 días, se establece que el contratista debe *“contar con un grupo mínimo de (30) influenciadores”* en redes sociales, los cuales tiene como objetivo *“realizar la difusión y amplificación de los diferentes contenidos requeridos por el Ministerio Tic”* (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Mintic). Según lo establecido en el contrato, dicha difusión y amplificación se debe realizar cumpliendo las siguientes instrucciones:

- En Twitter se debían postear 37 mensajes y realizar 75 retuits.
- En Facebook se debían realizar 37 acciones y 75 comentarios.
- En Instagram se debían realizar 37 post y 75 comentarios en fotos.

Esto quiere decir que por las 30 personas del equipo contratado se realizó un total de 3.360 acciones, y si se tiene en cuenta que quienes realizaban estas acciones eran influenciadores, el número podría multiplicarse debido a los retuits, comentarios e interacción con estos.

En otras palabras, el Gobierno de Santos contrató a una empresa de publicidad para que se encargara, por medio de influenciadores, de replicar todo tipo de información relacionada con su gestión, o por lo menos la gestión del Mintic.²⁸

Muy a pesar de la promesa hecha en 2014 por el Gobierno Nacional de reducir sus gastos en publicidad y buscar un ahorro de \$1 Billón de pesos, la conducta se ha reiterado en 2015, 2016 y 2017, y ahora que se encuentra en revisión el anteproyecto del Presupuesto General de la Nación (PGN, 2018) el tema cobra total relevancia, especialmente cuando el contrato en comento (a manera de ejemplo de los muchos que se celebran con este objeto y con cargo al PGN)

²⁷ <https://newscolombia.com.co/edward-rodriguez-celebro-la-sancion-de-la-ley-que-endurece-los-castigos-por-delitos-electorales/>

²⁸ <https://es.panampost.com/panam-staff/2017/07/22/santos-agencia-de-publicidad/>

abre una serie de interrogantes: ¿cuál era la necesidad de contratar a un equipo de 30 influenciadores de redes sociales para que hiciera lo que le corresponde al equipo de comunicación del Mintic?, ¿Este es el único contrato existente con estas características? ¿Qué tipo de información se encargaron de difundir dichos influenciadores?

En la página web donde se encuentra toda la información relacionada con el contrato no existe un informe de lo realizado por la empresa BRANDMEN, sin embargo, en el ministerio de las TIC deben reposar dos informes, si se tiene en cuenta lo establecido en el contrato, en los que debe estar detallada la siguiente información: desempeño individual de los influenciadores, cifras generales de la gestión realizada, evidencias (pantallazos) de las acciones realizadas, beneficios de Mintic David Luna, Proyectos Asociados e informes con métricas de crecimiento, alcance, *engagement* (grado de interacción de los usuario) y demás.

Lo que llama la atención es que este contrató se celebró justo el año en que el presidente Santos le había solicitado a sus ministros "ajustarse el cinturón" en lo que tenía que ver con el gastos estatal, y específicamente les pidió disminuirlo en temas relacionados con eventos, publicidad, viajes, viáticos y comunicaciones.²⁹

Es necesario regular los gastos en materia de publicidad de naturaleza estatal, la situación fiscal de cara al 2018 no es la mejor, y ya hemos visto como una fuente que es permeable por los conflictos de interés, la corrupción, la celebración indebida de contratos, la adjudicación directa, y la financiación ilícita de campañas es a través de la publicidad, eventos, "donaciones", violación de topes, *inter alia*.

En momentos en los que se discute el proyecto de PGN 2018, es pertinente preguntarse si el proyecto presentado por el gobierno es realista, en donde los gastos de funcionamiento crecen 6,3 % al pasar de \$140,5 billones en 2017 a \$149,3 billones en 2018. Mientras tanto, los gastos de inversión se reducen 16,8 % al pasar de \$41,2 billones este año a \$34,2 billones para el 2018.

El PGN para el próximo año será muy parecido al que se encuentra vigente, es decir por el orden de los \$124 billones.

Según el ministerio de hacienda y crédito público, el ahorro se verá en temas como publicidad deriva de los criterios establecidos en el artículo 104 (Plan de Austeridad del Gasto) de la actual ley de presupuesto, Ley 1815 de 2016, que tratan sobre las actividades relacionadas con la compra de bienes y servicios, y servicios personales indirectos.

²⁹ *Ibíd.*

Estas decisiones se deben reforzar con el cumplimiento estricto de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales) que desde el próximo 11 de noviembre introduce restricciones especiales sobre la celebración de convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos y sobre la celebración de contratos en la modalidad de contratación directa.

Cuando los ítems relacionados a publicidad de naturaleza estatal entran en el marco de "gastos generales" en donde se prometen recortes y ahorros que son difíciles de verificar y rastrear, es pertinente contar con una ley de la república que se haga eco de este clamor y necesidad.

La situación económica colombiana y la gestión de este gobierno no puede seguir teniendo oídos sordos frente a la necesidad de controlar el gasto público, especialmente en un tema que no es esencial como la publicidad de naturaleza estatal, la que se ha convertido en plataforma de derroche y autopromoción.

La situación fiscal es preocupante, y un presupuesto estimado en 235,5 billones de pesos, que destina una inversión de solo 34,2 billones de pesos, es decir, con una caída de 16,8 por ciento frente a lo que se está invirtiendo este año. Uno de los elementos más preocupantes del Presupuesto 2018 es la repetida contracción (por tercer año consecutivo) del componente de inversión, que descendió del 4,5 al 3,5 por ciento del PIB.

Con el fin de complementar el marco jurídico vigente en el orden constitucional, contractual, penal, presupuestal y electoral, es pertinente introducir una ley que obligue a los gobiernos por venir a honrar los compromisos de austeridad, eficiencia y eficacia, y dar un uso adecuado a los recursos presupuestales destinados a la publicidad de naturaleza estatal, honrando así el equilibrio, el acceso, la pertinencia y sancionando la censura indirecta, los conflictos de interés, la irresponsabilidad, el derroche y la corrupción.

Atentamente,

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
Senador de la República
Autor

