

Claudio Alberto Ricciuti

Contador Abogado

Miembro del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego,
Antártica e Islas del Atlántico Sur

El control de los intangibles.

Publicidad y propaganda

Nadie podrá negar las dificultades que se presentan al momento de controlar el destino de los fondos públicos aplicados a la publicidad “oficial”. Tema complejo –si los hay– no sólo por la indefinición jurisprudencial, el escaso tratamiento doctrinario y el uso incorrecto de los términos, sino por la sensibilidad que el tema despierta en los actores y factores que intervienen en su gestión. Mandatos constitucionales, actitudes cívicas y *de las otras*, mala técnica –cuando no carencia– legislativa, iniciativas políticas e intenciones partidarias, son algunos de los ingredientes que participan en este complejo rubro del gasto público. La tentación de sustituir a la publicidad como conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de los hechos propone a los gobernantes la propaganda como la acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores. La búsqueda del andamiaje normativo correcto que permita al controlador realizar su labor.

The difficulties in controlling the allocation of public funds used for “official” advertising cannot be denied. This is a complex issue, not only due to the lack of case law, scarce treatment within academic literature and the misuse of terms, but also due to the sensitivity to the issue among those individuals and factors involved in its management. Constitutional mandates, civic and other attitudes, poor legislative techniques (or a total lack of it), political initiatives and supporters’ intentions are just some of the elements involved in this complex area of public expenditure. The temptation to use advertising as a set of means to disclose or spread the news provides governments with **propaganda**, as an action or effect of disclosing something to attract supporters or buyers. The search for an adequate legislative framework allowing the controller to do his/her job.

Palabras claves: PUBLICIDAD, CONTROL, GESTIÓN, LEGISLACIÓN

Keywords: PUBLICITY, MANAGEMENT, LEGISLATION, CONTROL

Definiendo los términos a utilizar

Desde la introducción, corresponde sin más trámite ir al punto en cuestión y para ello nada mejor que comenzar analizando en profundidad dos palabras: **publicidad y propaganda**.

Aquella definida como *calidad o estado de público*, o conjunto de medios que se emplean para divulgar (*divulgare*, poner al alcance del público) o extender la noticia de las cosas o de los hechos. Esta indica la acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores (1)

Como podremos apreciar, definiendo a todas luces conceptos ampliamente diferenciados, ambos términos son fácilmente confundidos y comúnmente utilizados como sinónimos.

De hecho, los nomencladores utilizados para clasificar el gasto público en la Provincia Argentina de Tierra del Fuego Antártica e Islas del Atlántico Sur (2) dispensan a ambos términos el mismo contenido incorporándolas en la clasificación de **Servicios no personales** (dentro del conjunto de gastos destinados a los servicios para el funcionamiento de los entes estatales), y definiéndolas como...“36 *Publicidad y Propaganda: Gastos en concepto de Publicidad y Propaganda por medio de radiodifusoras, televisión, cines, teatros, periódicos, revistas, folletos, carteles, etc. Incluye los contratos con las agencias publicitarias y productoras cinematográficas y televisivas...*”

De esta forma, por medio de la norma presupuestaria, el Legislador está autorizando el uso de fondos públicos no sólo para divulgar los hechos, sino también para dar a conocer una cosa con el fin de **atraer adeptos**, razón de más para concluir que resulta frecuente observar el mal uso que se le da a los dineros públicos por esta confusión de conceptos y en no pocas oportunidades se ha evidenciado el desatino con fines impropios.

Afortunadamente, el mal uso terminológico que puede verificarse a nivel de normas legales y reglamentarias, no es conteste con el uso que las Leyes fundamentales le otorgan a estas palabras.

De hecho, salvo en muy excepcionales ocasiones, las Constituciones Argentinas no utilizan la palabra propaganda (ver anexo) y al recurrir al término publicidad lo hacen con toda lógica.

¿Qué quisieron los Convencionales Constituyentes?

En prieta síntesis, podemos dar cita a la *Constitución de la Nación Argentina (reformada 1994)*, donde la palabra publicidad es utilizada sólo para indicar la obligación de los partidos políticos de dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio. (Artículo 38°.)

Resulta importante destacar que en todo el texto de la Ley Suprema Nacional no hace uso del término *propaganda*.

La *Constitución de la Provincia de Buenos Aires* (1994), al igual que la Nacional, hace uso del térmi-

no **publicidad** cuando se refiere al origen y destino de los fondos de los partidos políticos, los procedimientos ante los tribunales, los procedimientos de designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general, por parte del Consejo de la Magistratura y al establecer la obligación a los municipios de dar **publicidad** por la prensa a todos sus actos, reseñándolos en una memoria anual, en la que se hará constar detalladamente la percepción e inversión de sus rentas.

Tampoco se verifica a lo largo del texto de la Ley Suprema de la Provincia de Buenos Aires que el Convencional Constituyente haya utilizado el término *propaganda*.

Por su parte, la *Constitución de la Provincia Argentina de Catamarca* también menciona la palabra al poner bajo responsabilidad del Gobernador la obligación de disponer la **publicidad** del estado de la Tesorería.

Nuevamente puede verificarse el uso del término cuando la Manda Constitucional indica a la Contaduría General la necesidad de dar inmediatamente a **publicidad** su resolución en el Boletín Oficial, en el caso de insistencias en el Control Previo.

Otros usos de la palabra son hallados en la determinación de la **publicidad obligatoria del origen y destino de los fondos partidarios y al prever** la forma de dar **publicidad** a la reforma o enmiendas constitucionales.

Como dato digno de destacar, la Ley fundamental de la Provincia de Catamarca presenta uno de los casos excepcionales en los que se recurre al uso del término *propaganda*, pero lo hace para indicar la *prohibición del monopolio de la información gubernativa y el funcionamiento de oficinas de **propaganda** de la labor oficial.* (Art. 11.-).

La síntesis que impone la exposición del trabajo determina que finalice esta parte del análisis dando cita a la *Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*, en razón de ser esta Manda algo más explícita al res-

pecto, determinando que ...“Todos los actos de Gobierno deben ser publicados en la forma que la ley determine, garantizando su plena difusión, especialmente aquéllos relacionados con la percepción e inversión de los fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes pertenecientes al Estado Provincial o a las Municipalidades...”

La importancia que el Convencional Constituyente otorgó al momento de determinar tal exigencia, se concreta en el último párrafo del artículo 8 de la Manda Constitucional por el que dejó claro que ...“ La violación de esta norma provocará la nulidad absoluta del acto administrativo no publicitado, sin perjuicio de las responsabilidades políticas, civiles y penales de las personas intervinientes en él”.

También el Convencional Constituyente quiso marcar esta pauta en el régimen municipal estableciendo en el Art.174º.- que...“Los municipios y comunas deberán publicar trimestralmente el estado de sus ingresos y gastos, y anualmente el inventario general y una memoria sobre la labor desarrollada...”

La apretada cita realizada (que puede ser perfectamente corroborada consultando el Anexo que acompaña este trabajo) da cuenta que los pactos constitucionales han pretendido que los actos que realicen los gobernantes sean adecuadamente comunicados

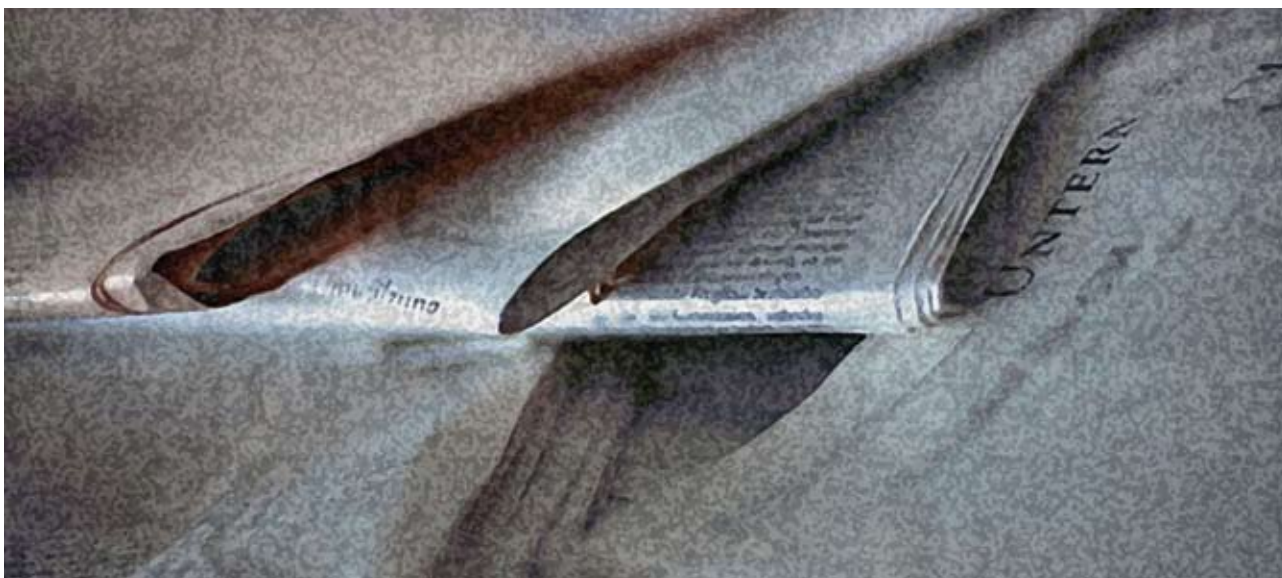
a la población, quedando claro que **no estuvo en el pensamiento de los señores Convencionales la intención de permitir el uso de fondos públicos para dar a conocer “una cosa” con el fin de atraer adeptos o compradores.**

¿Cuál es la acción de los controladores?

Pese a lo analizado previamente, la experiencia como simples ciudadanos nos muestra visiones (y usos) totalmente alejadas de las prescripciones constitucionales, ante lo cual surge como primer interrogante: ¿Cómo enfrentar el tema desde la competencia que los ordenamientos jurídicos otorgan a los Tribunales de Cuentas?

Una buena oportunidad para arrojar luz sobre este tema, pudo haber sido el caso del Dr. Beltrán Gambier quien, invocando su condición de ciudadano argentino, promovió acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución nacional y de la ley 16.696, para que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional, el cese inmediato de la campaña televisiva, que calificó como “personalizada” y mediante la cual se intentaría promover la imagen del Presidente de la Nación.(4)

El caso, que por cierto tuvo gran repercusión mediática, dio inicio ante la distribución de la Agencia Télam a los cinco canales de aire que emiten



en la Ciudad de Buenos Aires, un spot televisivo (campaña que se denominó “*Él no lo hizo todo. Pero que hizo mucho, nadie puede negarlo*”) en el marco de un régimen de facilidades para el cumplimiento de sanciones, establecido por los decretos 1201/98 y 644/99, a cambio de la deuda que los referidos canales mantenían con el Comité Federal de Radiodifusión.

La Justicia de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ponderando que el Decreto 1201/98 (que estableció como alternativa de cancelación de deudas en concepto de multas impuestas por el COMFER) sólo admitía la compensación para publicitar campañas de interés general, en tanto que la campaña en cuestión aparecía —a juicio de la magistrada— orientada a demostrar los logros de una actividad cumplida por el Poder Ejecutivo Nacional.

El fallo de primera instancia destaca además, que ...“dicha difusión aparece ligada a hechos del pasado lo que, prima facie, parece no responder a una campaña destinada al interés general, pues, en principio, éste siempre tiene que estar dedicado a un contenido concreto y actual, referido a la realidad y las exigencias de un hoy, sentidas por toda la comunidad...” Tales fundamentos permitieron concluir a la señora juez de primera instancia que la campaña excedería los fines perseguidos por la norma (es decir el decreto 1201/98).

El caso examinado continuó, dado que el Poder Ejecutivo (Secretaría de Prensa y Difusión de la Presidencia de la Nación) interpuso recurso de apelación ante la Cámara que concluyó confirmando el pronunciamiento recurrido.

Obviamente, el examen en la instancia de apelación se circunscribió fundamentalmente a cuestiones acerca de la legitimación del actor para promover la acción de amparo (y meritos en torno a que el amparista no efectuó el reclamo pertinente en sede administrativa) pero poco pudo profundizar sobre el tema, razón por la cual no ofreció un campo fértil en nuestro análisis.

De hecho, ambas instancias judiciales limitaron el contexto normativo al Decreto 1201/98, no con-

templando otros extremos legales que permitieran establecer con claridad las precisiones normativas respecto de qué tipo de mensajes deben ser los que se abonan con fondos públicos y cuales no.

Vale dar cita al séptimo considerando de la Resolución de Cámara sobre autos (24-8-99, firmada por María I. Garzón de Conte Grand, Jorge Héctor Damarco y Marta Herrera) que reza...“*Que la publicidad que dio motivo a este amparo... tendría en principio la finalidad de promover los logros del Dr. Carlos S. Menem durante su gestión presidencial; por lo que prima facie, aparecería como propaganda personal...*” ...“*Ello así y en la medida en que dicha campaña se habría llevado a cabo en el marco de lo dispuesto por el referido decreto 1201/98 (art.4 b.-), no parecería en principio, que la compensación a que alude la norma hubiese estado dirigida a cumplir, en el caso, con la finalidad que ella establece, esto es la difusión de campañas de interés general ...*”

En otras palabras, de acuerdo a tal análisis, podría plantearse la duda respecto a que para resolver el caso el Poder Ejecutivo pudo haber recurrido al dictado de un nuevo decreto que admitiera que la compensación en cuestión pudiera ser utilizada para publicitar otro tipo de campañas.

Lo cierto es que el Estado ha dejado de percibir una deuda líquida y exigible para dedicar su importe a una publicidad cuyo único objeto sería promover las cualidades de un Presidente. La justicia en primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada, contra tal resolución se interpuso recurso de apelación y la Cámara procede a confirmar el pronunciamiento recurrido. En apretada síntesis, el estado pagó por una prestación que no recibió.

Dado que la campaña trataba de una publicidad cuya difusión tendría un plazo de 14 días, y teniendo en cuenta que el amparo fue promovido cuando ya habían transcurrido 10 días de emitida, el remedio judicial (amparo) resultó obviamente ineficaz, por lo cual toma relevancia la actividad de los Órganos de Control Externo cuya aptitud jurisdiccional hubiera permitido lograr el resarcimiento del erario público por una prestación que no recibió.

La experiencia en Tierra del Fuego

En la Provincia de Tierra del Fuego el órgano de control externo pudo verificar que ciertos funcionarios consideraban de una manera particular el uso de los fondos públicos con relación a la publicidad de los actos de gobierno (o propaganda de los hechos) (3)

De hecho, frente a las múltiples observaciones que debió efectuar con respecto a las facturaciones que los distintos organismos realizaban en concepto de publicidad y considerando que la diversidad de criterios utilizados por los funcionarios dificultaba la revisión de las cuentas, resolvió recordar los extremos normativos que formaban parte del derecho positivo local, con el dictado de la Resolución Plenaria N° 12/96 (27/05/96), enunciando pautas mínimas a las que deberán ajustarse los órganos ejecutivos en oportunidad de efectuar contrataciones de publicidad.

Como **consideración previa**, la norma del Tribunal de Cuentas Fuegoino indica la prohibición de contratar la...“llamada publicidad Institucional, cuando la misma consiste en la difusión del nombre de la institución o repartición pública, sin ningún mensaje o contenido, atento a la dispensa dineraria sin objetivo concreto...”

Vale comentar en esta instancia, la visualización en la provincia de publicidad gráfica, financiada con fondos de los ciudadanos, por la que solamente se transmitían mensajes tan vagos como...“El funcionario fulano, junto al deporte...” o simplemente se exponía el nombre de un determinado poder del Estado. (vg. Legislatura Provincial)

Es obvio que los fondos destinados a tal fin pudieron haber sido utilizados para alentar en los jóvenes la práctica deportiva con mayor contenido (y menos personalización) o bien para instruir a la población respecto de las funciones que cumple tal poder.

Posteriormente, la resolución del Tribunal da cuenta de la necesidad de contar con un “relevamiento de todos los medios de comunicación (orales, gráficos y televisivos) con influencia en la Provincia, que permita definir a priori las características de cada uno de ellos y posibilite una evaluación técnica para determinar que medios son los más adecuados para cada tipo de mensaje...” “también establece la necesidad de...” contar con un Cuadro tarifario actualizado...” De esta forma, presume la norma tribunalicia que...“el funcionario estará dotado de elementos de juicio suficientes al momento de tomar la decisión contractual...”



Explica la normativa que el relevamiento puede ser desarrollado como un procedimiento de selección del co-contratante, por oposición y fundando principalmente la elección en diversos parámetros (penetración en la sociedad, tirada, periodicidad de la edición, radio de influencia, tipo de lectores y/o escuchas, etc.).

De esta manera el Órgano constitucional de control externo interpreta cumplido lo dispuesto por la Ley de Contabilidad local (L(t) Nro.6) y su Decreto reglamentario (Nro.292/72) que en el artículo 26 exige la ponderación fundada y previa a la contratación y la exigencia del artículo 74 de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, que establece que las contrataciones del estado se efectuaran ... mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión.

La norma continúa desarrollando los pasos administrativos que deben ser observados para realizar la contratación, determinando una secuencia que da comienzo con el pedido por parte del sector que necesita emitir un determinado mensaje al área que tenga como competencia el publicar los actos del gobierno, acompañado por los textos a publicar. De esta forma se busca centralizar la función en un área específica.

La secuencia determinada por el órgano de control establece que en función a la solicitud del requirente, y teniendo en cuenta el relevamiento de datos, el área encargada de la difusión determina los medios por los cuales canalizará la comunicación.

Desde el punto de vista documental, la norma indica la necesidad de confeccionar la Orden de Publicidad, que deberá contener como mínimo los textos, días de emisión, duración de los mensajes y todo otro elemento que permita luego el control de la real prestación del servicio contratado.

Este documento tiene la entidad de la comúnmente denominada "Orden de Compra" y, por ende, deberá cumplimentar con los requisitos estipulados en el artículo 34 inc.81 del Decreto 292/72, y de-

berá acompañar a la factura del prestador, conjuntamente con los elementos que permitan controlar la efectiva prestación.

Dicha exigencia encuentra fundamento en la detección de hechos en los cuales los medios de comunicación emitían y facturaban mensajes cuya formulación no había sido solicitada por los funcionarios públicos que, ante el hecho consumado, optaban por conformar la facturación y aprobar el pago.

Dicha actitud llevó al Tribunal de Cuentas a proponer el dictado de un Acto Administrativo por el cual se determine la prohibición de abonar facturas de publicidad que no cuenten con la respectiva orden previa, asignando responsabilidad exclusiva y personal al funcionario y/o agente que solicitó la misma sin cumplir con el requisito normativo previo.

También propone la norma que una vez realizados los controles pertinentes por parte del área específica, con el objeto de certificar la real prestación del servicio contratado, se impulse el procedimiento tendiente a honrar los compromisos adquiridos.

Finalmente, la norma propone el dictado de un acto administrativo por el cual se prohíba el uso de Fondos Permanentes para la cancelación de pagos de publicidad.

Las pautas rememoradas por el Tribunal de Cuentas fueron recepcionadas por el Poder Ejecutivo Provincial quien, por medio del Decreto 1168/96 (B.O.660 del 21-6-96 Pág.3) expresó la necesidad de adecuar el sistema vigente en materia de centralización y aprobación de gastos presupuestarios originados en Publicidad Oficial y dispuso que ... "Toda publicidad oficial que deba realizar el Estado Provincial, sus reparticiones y organismos centralizados, descentralizados y autárquicos, empresas del estado, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial, servicios de cuentas especiales, obras sociales y Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, será solicitada a la Subsecretaría de Medios de Comunicación Social, de la Secretaría General de la

Gobernación, la que ejercerá dentro de su competencia la función técnica y de coordinación, siendo la responsable de emitir las Ordenes de Publicidad a los distintos medios gráficos, radiales, televisivos, vías pública o alternativos que existan o existieren en el futuro...”(art.1ro.)

En el artículo contiguo, el Decreto provincial indica que...”cada organismo requirente deberá especificar claramente el texto del mensaje que desea emitir... con su diagramación y duración... tamaño, fecha de emisión... y monto máximo a invertir en la publicación que se desea contratar...”

Posteriormente a determinar la derogación de cualquier otra norma que se oponga a la presente, en el artículo 5to. de la norma emanada del Gobernador indica que ...“será de aplicación para la contratación de publicidad, lo previsto en la resolución 12/96 del Tribunal de Cuentas de la Provincia...”

Aproximadamente cuatro años después, tras haberse producido cambios en la conducción del gobierno provincial (elecciones democráticas mediane), fue dictado el Decreto Provincial 325 (2-3-00) mediante el cual sólo se efectúan adecuaciones en torno al área a la cual se deberán solicitar la publicidad, en atención a los cambios funcionales del nuevo gobierno que puso en la Subsecretaría de Relaciones Institucionales las funciones que otrora eran asignadas a la Subsecretaría de Medios de Comunicación Social.

El decreto susodicho ratifica los términos del artículo ato. de su antecesor en el sentido de la aplicación de lo previsto en la Resolución Nro. 12/96 del Tribunal de Cuentas Provincial.

Muchos años después...

En el año 2008 y en la convicción de que: ...“la información es un bien público cuya posesión, producción, distribución y difusión es un Derecho Humano, garantizado por la Constitución Nacional –Artículo 14º– y los Pactos Internacionales a que se refiere el Artículo 75º, inciso 22, de la Carta Magna”... asumidas nuevas autoridades del gobierno provincial enfrentan la necesidad de contar con un

instrumento legal que regle la distribución de pautas y contrataciones publicitarias, de difusión de los Actos de Gobierno, mediante el dictado del Decreto Provincial Nro. 183/08

La susodicha norma (basada en la Resolución Plenaria 12/96, del Tribunal de Cuentas de la Provincia) se propone poner fin a la falta de elementos objetivos y ciertos de valoración que permitan una adecuada distribución de pautas publicitarias destacando la necesidad de realizar la distribución de pauta publicitaria en forma transparente, equitativa y acorde a la llegada y penetración de los medios de comunicación social.

Sosteniendo que la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial es una violación a los derechos humanos y que la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo: “No existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad. Sólo cuando el Estado asigna estos recursos en forma discriminatoria se viola el derecho fundamental a la libre expresión. Un Estado podría negarle a todos los medios de comunicación, pero no puede negarle ese ingreso sólo a algunos medios con base en criterios discriminatorios”, la norma impone criterios que permitieran distribuir la publicidad oficial de una manera que no sea arbitraria ni discriminatoria, pasan necesariamente por el cumplimiento de los deberes del Estado en materia de libertad de expresión, específicamente, sus deberes genéricos de respeto y garantía.

En líneas generales el decreto provincial reglamenta la asignación del gasto previsto en el Presupuesto Provincial para la *Publicidad Oficial*, definiendo el término Publicidad Oficial, como *la publicación en medios de difusión radial, gráficos, televisivos y páginas Web, de los siguientes tipos de Propaganda: a) Publicidad de los Actos de Gobierno. b) Publicidad Institucional. c) Publicidad de bienes y servicios producidos y/o comercializados por Entidades e Instituciones del Estado Provincial.*

A los fines de la norma bajo análisis, se denomina:

a) Publicidad de Actos de Gobierno: Es una publicación, a través de los medios de difusión, de licitaciones públicas y privadas, avisos de interés para la población y todo otro acto emanado del Poder Ejecutivo y/o los órganos dependientes del mismo, destinado a producir efectos generales o que comprometen fondos públicos. También quedan incluidos los fallos, dictámenes, acuerdos, resoluciones, contratos.

b) Publicidad Institucional: es la publicación a través de los medios de difusión social de material comunicacional que promueva una cultura preventiva en la sociedad, respecto a los asuntos que competen a la salubridad, seguridad pública, recursos naturales, etc... o que informe de las acciones adop-

tadas por el Estado en materia de salud, educación, seguridad, desarrollo social, preservación del medio ambiente, uso eficiente de recursos naturales, ejecución de planes y programas a cargo de las distintas dependencias estatales y que oriente a los consumidores de los bienes o servicios en cuestión, así como la promoción de la cultura en todas sus expresiones y de los valores cívicos, entre otros.

c) Publicidad de bienes y servicios de Entidades e Instituciones Públicas: es la publicación a través de los medios de difusión de todos aquellos bienes y servicios producidos y/o comercializados especialmente por Entidades e Instituciones del Estado Provincial, cuya publicidad es una actividad inherente a su proceso comercial.

Si desea conocer la Jurisprudencia del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y profundizar las referencias efectuadas a las Constituciones de las Provincias de la República Argentina, puede visitar <http://www.elregistroycontrol.com.ar/intangiblespublicidad.htm>