

2133; 1791 / 2017-CR

- TRANSPORTES



"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"
"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

OFICIO N° 049 -2018 -PR

Lima, 21 de marzo de 2018

Señor

LUIS GALARRETA VELARDE

Presidente del Congreso de la República

Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano. Al respecto, estimamos conveniente observar la misma por lo siguiente:

1. La Autógrafa de Ley establece en su artículo 1 que las entidades públicas podrán "*publicitar sus tareas de gestión únicamente en los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo*". El artículo 2, señala que las entidades públicas deben "*suscribir cuentas en las principales aplicaciones de redes sociales (...) y consignar en ellas sus comunicados, avisos y demás temas de difusión social*".

El artículo 3 prohíbe "*toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad. (...) La infracción a este precepto será considerado delito de malversación*". El artículo 4 señala las excepciones a la prohibición del artículo 3 en "*casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto de urgencia, las campañas de educación electoral (...)*".

Por su parte, el artículo 5 regula las prohibiciones aplicables para la contratación de publicidad para el caso de las excepciones reguladas por el artículo 4. Finalmente, el artículo 6 señala que las entidades públicas deben "*publicar los contratos de publicidad, incluyendo anexos y adendas, así como los criterios de selección, en su página web institucional, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a su suscripción*".

2. La Autógrafa de Ley tiene como antecedentes los Proyectos de Ley Nos. 1791/2017-CR y 2133/2017-CR. De la exposición de motivos de dichos proyectos se aprecia que la principal motivación de la Autógrafa de Ley es: i) las grandes cantidades de recursos que se utilizan para la publicidad; y, ii) la capacidad de decisión de algunos funcionarios públicos de elogiar en exceso su propia figura, logros u ocultar una conducta funcional reprochable.

Respecto de la cantidad de recursos que se destinan para realizar publicidad estatal, debe considerarse que la determinación de un gasto o inversión como "ingente", no se encuentra fundamentada a través de informes, datos estadísticos, recopilación de evolución del mercado o por lo menos un estudio de mercado que exponga los niveles de inversión de las instituciones del Estado (en los tres niveles de gobierno) en publicidad para empresas que justifique tal afirmación ni la medida que se propone adoptar.

En consecuencia, el criterio de "gasto ingente" no puede tomarse en cuenta para realizar un análisis de idoneidad sin mayor información que la proposición de una exposición de motivos; más aún cuando se desprende del propio texto que es deber del Estado comunicar a sus ciudadanos las acciones que toma en su nombre y dar a conocer los detalles del comportamiento y desempeño de los funcionarios públicos.

/

Sin perjuicio de ello, debe tomarse en cuenta que la Ley N° 28874, *Ley que regula la publicidad estatal*, establece criterios generales y de prohibición que procuran desincentivar el tipo de conductas sancionables en las que pudieran incurrir los funcionarios públicos, orientando el uso del presupuesto a las actividades de difusión, información y promoción de acuerdo a sus programas y planes a cargo de la entidad usuaria, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

3. Como se aprecia del texto de los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Autógrafa Ley, estos establecen restricciones en cuanto a la cobertura y alcance de la difusión de la publicidad estatal, concentrándola solo a través de medios de comunicación públicos, así como restringe la participación en el mercado e los agentes económicos privados para prestar el servicio de publicidad en las entidades públicas.

La Convención Americana de Derechos Humanos recoge en su artículo 13 el derecho a las libertades de expresión e información, estableciendo que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, (...) ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

El inciso 4) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, también recoge dicho derecho y establece que toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Respecto a la libertad de información, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02976-2012-PA/TC señala que la libertad de información garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz, hecho que involucra el derecho a ser informado de situaciones relevantes y de interés general a la ciudadanía sobre las acciones del Estado. En ese sentido, corresponde al Estado a través de la publicidad institucional, transmitir a la población conductas de relevancia social, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades estatales, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública.

La libertad de expresión comprende el derecho colectivo de la ciudadanía a recibir información oportuna, veraz y precisa, esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos. Lo cual no se podría cumplir al prohibir la difusión de información en la vía pública, digital, ni medios de comunicación alternativa.

En la actualidad, los aspectos referentes a la publicidad estatal son regulados por la Ley N° 28278, *Ley de Radio y Televisión* y la Ley N° 28874, *Ley que regula la Publicidad Estatal*, respecto de las cuales la Autógrafa de Ley no hace mención alguna, sobre su modificación o derogación expresa, situación que necesariamente debe ser regulada a fin de evitar problemas en su aplicación, máxime si estas normas establecen la responsabilidad de los funcionarios por el uso indebido de los recursos públicos.

En atención a la normativa antes señalada, el Estado tiene el deber de brindar información a sus ciudadanos de manera oportuna y eficaz, y el ciudadano tiene el derecho de recibir dicha información. En tal sentido, el Estado requiere utilizar medios de comunicación tanto públicos como privados, de conformidad con la normatividad vigente, la cual regula las prohibiciones y obligaciones para la contratación de publicidad Estatal.

4. Respecto al artículo 2 de la Autógrafa de Ley, que dispone que las entidades públicas deben suscribir cuentas en las principales aplicaciones de redes sociales, se debe señalar, que el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, expresa que cerca del 40% de la población peruana no tiene acceso diario a conectarse con el internet, por lo que limita el alcance de información de interés nacional.

A esa estadística hay que añadir que, según la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones del OSIPTEL, al 2016 el 34% de los hogares peruanos no cuenta con acceso a internet. Lo mismo sucede con el 62% de los hogares del área rural del país y con el 67% de los hogares del nivel socioeconómico E.

Cabe precisar, que si existen limitaciones en el acceso a internet, habrá aún más en el acceso y uso de las redes sociales; puesto que las redes son tan diversificadas que cuentan con infinitas variables en el público objetivo (preferencias, interés, utilidad, horario de conexión, entre otras).

En medios digitales y redes sociales las contrataciones de publicidad se realizan mediante tipos de compra (impresiones, vistas, clics) dependiendo de cada una. Por lo que tiene una connotación directamente relacionada a la circunstancia en la que se encuentra el público objetivo (estado de ánimo, localidad, tiempo, momento, entre otros), lo que hace más difícil segmentarla.

Por ello, al tener conocimiento que no todas las personas utilizan la misma red social y los medios digitales, estas se utilizan únicamente para reforzar el mensaje y la comunicación hacia el público en general.

En este marco, el artículo mencionado, de canalizar a través de las redes sociales "avisos" y "temas de difusión social" tendría -por tanto- restringido alcance y cobertura para mensajes sectoriales que tienen como destinatario a una audiencia nacional.

Las medidas planteadas en la Autógrafa de Ley para realizar publicidad estatal como son el uso de las redes sociales y los canales públicos, no permitirán que el mensaje cumpla su finalidad con relación al público objetivo al cual está dirigido, debido a que el acceso a la televisión, internet y redes sociales, a nivel urbano y rural, es limitado, siendo necesario que se mantenga la diversificación en los medios de comunicación.

5. En el artículo 3 de la Autógrafa se prohíbe toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad.

Al respecto se debe tener en cuenta, que la sintonía de los medios privados televisivos es inmensamente mayor a la de los medios públicos. La mayoría de la audiencia televisiva nacional (97%) se encuentra en los medios de comunicación privados. TV Perú sólo alcanza el 3% de la sintonía promedio. De la misma forma, la mayoría de la audiencia radial nacional (72%) se encuentra en los medios de comunicación privados. Radio Nacional se encuentra dentro de la categoría 'otros medios' que, en conjunto con otros, llega al 28% de la sintonía nacional.

Asimismo, la Ley N° 28874, *Ley que Regula la Publicidad Estatal*, ya regula 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 establece las disposiciones para 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.

La Ley N° 28874 indica que las entidades y dependencias del Estado se abstendrán de realizar publicidad cuya finalidad sea distinta a la promoción de la imagen institucional, la comunicación de sus planes y programas.

Asimismo, la referida norma establece prohibiciones y medidas para garantizar la transparencia en la contratación de publicidad estatal. Además, el literal a) de su artículo 3 dispone que bajo responsabilidad del Titular del Pliego, para la autorización de realización de publicidad estatal, se deberá cumplir con aprobar un Plan de estrategia publicitaria acorde con las funciones y atribuciones de las entidades o dependencias; las mismas que deberán adecuarse a los objetivos y prioridades establecidos en los programas sectoriales.

Bajo este marco legal, toda campaña (de publicidad institucional) para su correcta y completa difusión requiere un soporte publicitario, que solo lo brinda los medios publicitarios activos en el mercado, de manera que se garantice la máxima eficiencia comunicacional, considerando que se cumpla con el objetivo principal, que el público reciba, comprenda y tome acción respecto al mensaje recibido, por ello se usan medios de comunicación masivos y alternativos.

La elección de los medios de comunicación a través de los cuales se realiza la publicidad estatal, se sustenta en un Plan de Medios (informe técnico) elaborado por una central de medios (empresa privada). La cual respalda el rating, lectoría, audiencia, sintonía, días de transmisión, horario, género, entre otros indicadores, de acuerdo al público objetivo de cada campaña y del sector para abordar mensajes de interés público.

Estos indicadores permiten a las entidades del Estado seleccionar correctamente el medio de comunicación, ya sea por su tipo (radio, impreso, televisión, entre otros), por su cobertura (territorio), alcance (% de target-personas). De esta manera se logra optimizar los recursos del Estado; puesto que se apunta a la calidad del mensaje y no a la cantidad.

6. El artículo 4 de la Autógrafa de Ley señala las excepciones a la prohibición del artículo 3 en "*casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto de urgencia, las campañas de educación electoral (...)*".

De conformidad con el artículo 2 de la Ley N° 28874, *Ley que Regula la Publicidad Estatal*, se entiende por publicidad institucional, aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, así como la difusión de la ejecución de los planes y programas a cargo de las entidades y dependencias. Dicha norma alude a una publicidad con mensajes preventivos e informativos, a fin de evitar el actuar incorrecto de la población por desconocimiento de la situación o acontecimiento.

En ese sentido, de promulgarse la Autógrafa de Ley, se dejaría de realizar la publicidad preventiva y se optaría por una publicidad reactiva e intermitente, puesto que los decretos de urgencia solo se orientan a revertir situaciones extraordinarias o imprevisibles. Asimismo, estos decretos no deben mantenerse por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa. Cabe señalar, además, que en el marco del inciso 1 del artículo 137 de la Constitución Política del Perú, los desastres y emergencias son atendidos como primera medida, a través de decretos supremos que declaran el Estado de Emergencia.

Por lo tanto, tomando conocimiento que formar un hábito o cambiar un mal hábito en la población, demora un tiempo prolongado; la Ley planteada por el Congreso haría que las entidades del Estado dejen de cumplir con el objetivo principal de la publicidad, generar un cambio en la conducta social.

7. De acuerdo con lo expuesto, se aprecia que los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Autógrafo Ley, restringirían el alcance de la audiencia nacional a través de un grupo limitado de comunicación, limitando en los receptores el acceso a información estatal de interés público, la llegada oportuna del mensaje, así como su capacidad para supervisar la gestión pública.

La aplicación de esta norma, limitaría la capacidad del Estado para brindar información a la población, de carácter relevante que promueva una cultura preventiva en la sociedad respecto a los asuntos relacionados a la seguridad, salubridad, entre otros.

La disposición para que comunicación de señal abierta sea reemplazada por las redes sociales e indicar que las entidades del Estado se comuniquen exclusivamente por estas aplicaciones, podría limitar el alcance de la audiencia y la cobertura del mensaje de interés público, cuando el destinatario del mismo lo constituye la opinión pública en general.

Sin embargo, en los Proyectos de Ley N° 1791/2017-CR y N° 2133/2017-CR de los cuales se deriva la Autógrafo de Ley, no se ha efectuado el análisis costo - beneficio sobre los impactos socio - económicos y políticos que se generarían como consecuencia de la prohibición a las entidades públicas para contratar medios de comunicación privados, respecto de su obligación de comunicar a la población las actividades que realizan y de los logros institucionales.

8. En ese sentido, se observa que las normas de la Autógrafo de Ley afectan el derecho constitucional de toda persona a la libertad de información por cualquier medio de comunicación social, establecido en el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, toda vez que la publicidad institucional tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, relacionados a problemas y políticas públicas en sectores o materias tan sensibles como la salud, educación, transporte o seguridad ciudadana, conforme a lo establecido en la Ley que regula la Publicidad Estatal.

Al realizarse la publicidad del Estado sólo en los medios de comunicación de éste, se excluye a la población que no tiene acceso a estos medios de los hechos difundidos por los órganos del Estado y, como tal no se permite, entre otros aspectos, el proceso de formación de la opinión pública, para que al momento de ejercer sus opciones esté lo suficientemente informada.

Asimismo, la Autógrafo de Ley limita el acceso de información a un sector de la población, que no cuenta con los servicios de internet, lo cual colisiona con el derecho a la información.

Cabe agregar, que la Autógrafo de Ley incurre en inconstitucionalidad pues, además de constreñir el derecho de acceso a la información pública, no se ha cumplido con sustentar y/o justificar los hechos que acrediten fehacientemente el apremiante interés público que justificaría dicha restricción, máxime si ya existe regulación legal sobre el tema (Ley 28874), si no se evidencia técnica y estadísticamente la problemática a corregir, e inclusive si no se conocen los funcionarios sancionados por supuestas infracciones a la Ley N° 28874, conforme a lo previsto en su artículo 8.

Asimismo, debe relevarse que en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú se estipula que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En tal sentido, el artículo 13 la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que no se puede restringir el derecho a la 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 cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

La Autógrafa de Ley contiene una restricción al derecho de expresión, como es la severa limitación para realizar publicidad estatal en medios privados que, a la vez que configura una medida inconvencional, es inconstitucional.

9. Por otro lado, también debe considerarse los efectos que llevaría la entrada en vigencia de las disposiciones de la Autógrafa de Ley, de cómo se establecería una limitación a la actuación del Estado en el mercado y la afectación que generaría a la libre competencia.

Si bien la Constitución Política del Perú delimita claramente el rol subsidiario que desempeña el Estado, de acuerdo al régimen económico social de mercado que adopta nuestro país, debe considerarse que este rol se encuentra enmarcado por una serie de principios que garantizan el adecuado funcionamiento del régimen económico en el país, permitiendo a distintos agentes ejercer sus derechos de acuerdo a sus propios intereses, lo que por doctrina ha sido determinado como principio de pluralismo económico, reconocido en el artículo 60 de nuestra Constitución.

El referido principio se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la libertad de empresa que poseen los agentes del mercado, a quienes no solo se les garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia de forma activa, sino también que puedan actuar de forma bilateral con otros agentes del mercado con sus mismos intereses, lo que los lleva a alcanzar una interacción dinámica en un mercado determinado.

Bajo esa idea, si se limitase al Estado como agente participante, se estaría interviniendo de forma restrictiva el mercado al no permitir al Estado actuar como agente, y generando un perjuicio indirecto a los productores de bienes y servicios que ofertan en aquel.

En ese sentido, se observa la Autógrafa de Ley, toda vez que sus efectos no garantizan resolver una problemática establecida ni fundamentan las disposiciones que en ella se proponen, generando un riesgo de intervención en el mercado de radiodifusión a través de la limitación de la actividad del Estado como agente económico en el mercado de la publicidad.

A su vez, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Esta norma tiene que ver con la oferta de medios con los que cuenta el ciudadano para informarse y acceder a los servicios públicos.

La Autógrafa de Ley vulneraría el derecho a la libre competencia, en razón que al limitar la difusión libre en red digital, como son las redes sociales que constituyen medios privados, el Estado estaría privilegiando a un sector el manejo de la publicidad, toda vez que de acuerdo a las políticas de uso de redes sociales, la publicidad en dichos medios involucra un costo, si lo que se pretende lograr es un mayor alcance de difusión, por lo que se estaría incurriendo en un problema de competitividad, y se estaría afectando el libre mercado.

En su artículo 1, la Autógrafa de Ley incluye a las entidades públicas de derecho privado y las que estén en regímenes privados. En ese sentido, esta norma tendrá como efecto que las empresas estatales como el Fondo MiVivienda, PetroPerú, Banco Agrario, Cofide, etc,

no puedan competir en igualdad de condiciones con sus similares privadas, lo que podría afectar sus resultados y, consecuentemente, los intereses de sus inversionistas, y podría dar pie a reclamaciones de indemnización en el extranjero ya que esa afectación a resultados sería imputable al Estado por hecho propio, por la Ley emitida.

Por las razones expuestas, se observa la mencionada Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,



PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República



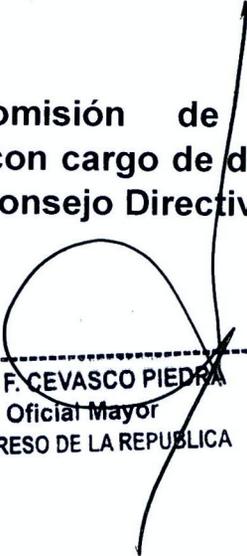
MERCEDES ARÁOZ FERNÁNDEZ
Presidenta del Consejo de Ministros

2133; 1791/2017-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 22 de marzo de 2018

Pase a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.



JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

**LA COMISIÓN PERMANENTE DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA;**

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE REGULA EL GASTO DE PUBLICIDAD DEL ESTADO
PERUANO**

Artículo 1. Publicidad solo en medios del Estado

A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, todas las entidades públicas, incluidas las de derecho privado y las que estén en regímenes especiales, así como las empresas del Estado, los gobiernos locales y los regionales podrán publicitar sus tareas de gestión únicamente en los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo.

Artículo 2. Difusión libre en red digital

Dichas entidades públicas deberán igualmente suscribir cuentas en las principales aplicaciones de redes sociales, en especial, aquellas que tengan mayor difusión y número de usuarios y consignar en ellas sus comunicados, avisos y demás temas de difusión social.

Artículo 3. Prohibición

Queda prohibida toda publicidad en medios privados, bajo responsabilidad. No se considera como tal el trabajo periodístico tales como reportajes, entrevistas, conferencias de prensa y similares, las que se pueden desarrollar libremente sin que suponga pago alguno al medio de comunicación. La infracción a este precepto será considerado delito de malversación.

Artículo 4. Excepciones

Se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto de urgencia, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones.

Artículo 5. Marco regulatorio de las excepciones

En los casos permitidos por el artículo 4, se establecen las siguientes prohibiciones:

- a) *Consignar nombres o imágenes que identifiquen a alguna autoridad o funcionario o servidor público. Esta prohibición alcanza igualmente a los*

casos de publicidad propalada en medios del Estado o en la red digital a que se refieren los artículos 1 y 2.

- b) Acordar precios superiores a las tarifas comerciales del medio. En ningún caso el monto contratado puede ser mayor al 10% del total facturado por el medio de publicidad siempre y cuando no supere el 0.25% de la partida de bienes y servicios de la entidad.
- c) Contratar servicios de publicidad con medios que no cuenten con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores ni con personas naturales ni jurídicas que no cuenten con autorización del servicio de radiodifusión vigente.
- d) Contratar servicios de publicidad estatal con medios que mantengan deudas tributarias exigibles en cobranza coactiva.

Artículo 6. Publicación de contratos

Las entidades o dependencias a las que se refiere el artículo 1, bajo responsabilidad del titular del pliego que corresponda, deben publicar los contratos de publicidad, incluyendo anexos y adendas, así como los criterios de selección, en su respectiva página web institucional, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a su suscripción.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.
En Lima, a los veintiocho días del mes de febrero de dos mil dieciocho.



LUIS GALARRETA VELARDE
Presidente del Congreso de la República



MAURICIO MULDER BEDOYA
Tercer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

