UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (UAIP)

68-2013

Presidencia de la República de El Salvador, Unidad de Acceso a la Información Pública: En la ciudad de San Salvador, a las catorce horas con treinta y cinco minutos del diecisiete de julio de dos mil trece.

El suscrito Oficial de Información, CONSIDERANDO que:

1. El día cuatro del mes y año que transcurre se recibió solicitud de acceso de información por el licenciado [redacted] quien requiere información relativa a la Campaña " Presidencia Funes, Buenos Cambios", específicamente: *a) Actas e informes preliminares y finales de la Comisión Evaluadora de ofertas para la Licitación pública correspondiente a los servicios de agencia de publicidad para la citada campaña, según los procedimientos que ordena la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en lo consiguiente LACAP); b) Listado de criterios de competencia, condiciones y especificaciones técnicas que, según el artículo 71 de la LACAP, debe cumplir la empresa seleccionada para adjudicarle el servicio de agencia de publicidad; c) Objetivos generales y específicos; d) Resultado que busca obtener ; e) Listado de todos los mensajes, imágenes, artes, gráficas, radiofónicos, televisivos, cinematográficos, impresos, físicos que se utilizaron para su difusión; f) Proceso detallado seguido por la Presidencia de la República para adjudicar el servicio de agencias de publicidad para diseñar, producir, pautar e implementar esta campaña, conforme a los mecanismos que provee la LACAP.*

2. Asimismo, en su requerimiento, el solicitante planteó los siguientes cuestionamientos: *1) ¿Qué beneficios mejoras y cambios en la calidad y dignidad de la población salvadoreña se han alcanzado con su lanzamiento?; 2) ¿Forma parte de la Campaña "Presidencia Funes, buenos Cambios" la fotográfica de Monseñor Óscar Arnulfo Romero y la leyenda que reza de la siguiente manera: "En el rumbo señalado por Monseñor Romero?; 3) De ser afirmativa la respuesta a la pregunta 2 ¿Cuál es el rumbo señalado por Monseñor Romero y que la Presidencia de la República está cumpliendo?; 4) ¿Cuánto tiempo durará la campaña publicitaria "Presidencia Funes, buenos cambios?; 5) ¿Cuál es el costo total y separado por rubros de diseño, producción, pauta e implementación de la publicidad?; 6) ¿Cuál es el perfil de la agencia de publicidad y la productora que la Presidencia de la República solicitó para desarrollar la campaña?;7) ¿Cuáles fueron los criterios que se exigieron a la empresa para diseñar la campaña?; 8) ¿Cuál es la motivación artística, propagandística o de diseño*

Versión Pública

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
UAIP

que motivó que los colores fueran anaranjado, azul, y verde, específicamente en el logo de la campaña?; 9) ¿En qué página y párrafo del Plan Quinquenal de Desarrollo de Gobierno está respaldado el desarrollo de la campaña de cuarto aniversario de gestión?.

3. Con base a las atribuciones de las letras d), i) y j) del artículo 50 de la Ley de Acceso a la Información Pública, le corresponde al oficial de información realizar los trámites necesarios para la localización y entrega de la información solicitada por los particulares, y resolver sobre las solicitudes de información que se sometan a su conocimiento.

4. A partir del deber de motivación genérico establecido en el artículo 65 y 72 LAIP, las decisiones de los entes obligados deberán entregarse por escrito al solicitante con mención breve pero suficiente de sus fundamentos.

FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPUESTA DE LA SOLICITUD

Como parte del proceso interno de acceso a la información pública el suscrito requirió a la Gerencia Administrativa de esta institución todos los puntos solicitados por el licenciado [redacted] en referencia a la campaña publicitaria "Presidencia Funes, Buenos Cambios". Como respuesta a dicho requerimiento, la titular de dicha dependencia administrativa señaló que tal documentación se encuentra en un expediente único sujeto a reserva mediante resolución de fecha siete de mayo de dos mil doce, con su modificación de fecha treinta de enero de los corrientes, cuya parte primordial se transcribe a continuación:

"(...) La Administración Pública actúa en el mercado en interacción con la demanda de bienes y servicios, de manera que pueda satisfacer las necesidades ligadas a los objetivos propios del Estado y la consecución de sus fines. Desde esa perspectiva, la interacción gubernamental entre competidores debe propiciar la libre competencia y fortalecer la gestión administrativa con la mayor eficiencia de recursos.

Las adquisiciones y contrataciones de la Presidencia de la República y sus dependencias se encuentran sujetas a la normativa establecida por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en lo sucesivo LACAP) y su Reglamento. En dicha ley se señala que el marco jurídico de los procedimientos de adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración Pública debe enmarcarse en los principios generales del derecho administrativo, los criterios de probidad pública y las políticas de modernización del Estado, procurando que las contrataciones y adquisiciones del Estado se realicen de forma transparente y bajo el principio de libre competencia.

Así, los mecanismos de adquisición de bienes y servicios descritos en la LACAP comprenden: la licitación pública, las compras por libre gestión y la contratación directa.

Según el artículo 59 LACAP, la licitación pública es el procedimiento por cuyo medio se promueve *competencia* invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios que no fueren de consultoría. Así, dependiendo de los montos de la licitación ella puede ser abierta o por invitación.

Versión Pública

Las compras por libre gestión, artículo 68 LACAP, son el mecanismo por el que las instituciones adquieren bienes y servicios relativos a sus necesidades ordinarias, disponibles al público en almacenes, fábricas, centros comerciales y establecimientos, nacionales o internacionales, de esta naturaleza.

Finalmente, la contratación directa es el medio por el que una institución contrata directamente con una persona natural o jurídica sin seguir el procedimiento en la ley en comento, pero manteniendo los criterios de competencia y tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas en razón de la materia; debiendo constar resolución motivada por el titular de la institución que sustenta esta forma de contratación.

En todas las mencionadas formas de contratación, la institución solicitante de los bienes y servicios define los lineamientos de los productos y a partir de las ofertas recibidas son todas las opciones que tendrá la dependencia gubernamental para elegir el proveedor del servicio. Estas características definen la oferta y demanda para el requerimiento concreto. En otras palabras, la oferta se limitaría al número de participantes del proceso que efectivamente participen en ella, habiendo cumplido con los requerimientos estipulados en las respectivas bases, y luego de adjudicada, *la oferta se reduce totalmente a aquel que gana el proceso adquisitivo.* Dadas estas condiciones, en los mecanismos de adquisición de bienes y servicios diseñados por la LACAP, la competencia se desarrolla **ex ante, como una competencia para ganar el mercado**[1].

Por lo que, la institución pública que licita los servicios quedaría capturada con su proveedor por el tiempo que dure la contratación, aunque en el mercado existan otros competidores que se dediquen a la misma actividad. Sin embargo, en el caso de El Salvador, los participantes del mercado de agencias de publicidad se reducen a un número limitado de competidores –la mayoría de ellos agrupados en la Asociación Salvadoreña de Agencias de Publicidad-.

De ahí que, en vista de las particulares características de la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración Pública, existen *per se* marcadas condiciones mediante las cuales es factible la concreción de un acuerdo para fijar precios en los mecanismos de adquisición de bienes y servicios por el gobierno, tales como: el limitado número de participantes en el mercado, su agrupación bajo una asociación gremial y la similitud de sus esquemas de gestión de publicidad en medios.

Para el caso en concreto, además, debe señalarse que la contratación del servicio de agencia de publicidad para diseño, producción e implementación de campañas publicitarias gubernamentales, requiere de una empresa nacional o extranjera con una visión global con el objeto de promover de manera precisa un concepto innovador, proactivo, creativo y efectivo de la consecución de las metas de políticas públicas y planes de gobierno. Así como también, un adecuado posicionamiento de la imagen de El Salvador hacia el extranjero.

Para cumplir tales expectativas, el ofertante debe cumplir una serie de requisitos objetivos inherentes a su estructura de trabajo, en cuanto que la agencia de publicidad debe tener la capacidad de producir para sí los contenidos de las

[1] Todas estas afirmaciones han sido reconocidas por la Superintendencia de Competencia, en la resolución de las nueve horas del siete de julio de dos mil nueve, en el procedimiento administrativo con número de referencia SC-001-O/PA/NR-2009, en contra de las sociedades AMATE TRAVEL, INTER-TOURS, UTRAVEL, AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA E HISPANA, por presuntas prácticas colusorias en licitaciones públicas.

Versión Pública

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
3
UAIP

campañas publicitarias y la fiabilidad de manejar insumos concretos que permitan el debido asesoramiento para la idónea focalización de los distintos destinatarios de la información dirigida al público. Asimismo, de manera consecuente, el efectivo cumplimiento de los presupuestos de confianza y confidencialidad; características implícitas para las contrataciones institucionales del Estado, que ahora son regulados en la letra i) del artículo 72 LACAP.

Con tales circunstancias, ante la eventual contratación estatal por medio de licitación ó contratación directa de servicios de publicidad para la Presidencia de la República, la divulgación de la información relacionada los servicios a proveer, anteriores oferentes, costos, términos de la contratación gubernamental, y demás documentación que se incorpora a los archivos de adquisición institucional; podría repercutir en: a) una posible distorsión en los precios de los servicios de publicidad en perjuicio de esta institución derivado del aumento de los precios ofrecidos con un impacto inversamente proporcional a la inversión a efectuarse; b) una medida desleal y desigualitaria ante potenciales oferentes de servicios nacionales e internacionales y un obstáculo para que esta institución adquiera tales servicios sin intermediación de terceros y; c) una ventaja indebida en perjuicio de otros competidores en un procedimiento de adquisición de bienes y servicios institucionales.

Estos planteamientos no son nuevos para países que cuentan con una gran experiencia en acceso a la información, tal es así que han sido retomados coincidentemente por el Instituto Veracruzano de Acceso de Información, quien ha reconocido que "*(...) el proporcionar dicha información traería como consecuencia una ventaja indebida entre los propios medios de comunicación, de acuerdo a los principios económicos que rigen la Ley de la Oferta y la Demanda, como el Derecho de la Competencia y el Dumping, por lo que la atención a la sociedad quedaría en riesgo si no se realiza la adecuada selección de los medios para la cobertura de la información*"[2].

De esta manera, se destaca la necesidad de reservar la información de la prestación de servicios de agencia de publicidad que constan en el expediente sujeto a reserva, en aras de preservar el bien jurídico de la libre competencia manifestada en la libre determinación de precios en los procedimientos de adquisición de bienes y servicios gubernamentales , evitar un perjuicio directo a esta institución por el aumento de los precios en las ofertas de contratación gubernamental de este rubro y, la posibilidad de generar una ventaja indebida a un competidor o grupo de competidores frente a otros. Aunado a lo anterior, debe tenerse en consideración que los expedientes administrativos de contratación de servicios de agencia de publicidad contienen información técnica, económica y jurídica que por mandato de ley es exigida a las Agencias de Publicidad para participar como ofertante de servicios; toda ella con carácter privado, y que podría repercutir sensiblemente en la gestión de sus negocios.

Por tales razonamientos, con base a las excepciones contempladas en el artículo 19 letra h) LAIP, resulta necesario reservar el expediente en comento; en cuanto que: (a) la reserva es idónea para la protección de intereses legítimos – la protección de la libre competencia vinculada a la libertad de contratación y determinación de precios para las ofertas presentada hacía el Estado, y evitar una ventaja indebida en perjuicio de un tercero-; (b) es justificada a partir de la necesidad de tutelar bienes jurídicos directamente vinculados a la actividad de esta dependencia del Estado, cuya afectación es mínima para los particulares y; (c) que dentro del examen de proporcionalidad de la medida -la limitación a

[2] Resolución de los quince días del mes de marzo de dos mil once, con número de expediente IVAI-REV/56/2011/JLBB

Versión Pública

la divulgación del acceso a la información frente al bien jurídico de la libre competencia- es de menor envergadura frente a los posibles perjuicios que la entrega pudiera derivar a la protección de los intereses del Estado y de los particulares.

Por lo cual, resulta conveniente declarar como reservada la información de mérito por un plazo de siete años contados a partir de la fecha de esta resolución, artículo 20 LAIP y 36 de su Reglamento (...)".

Así mismo, el suscrito advierte que el licenciado [redacted] realizó cuestionamientos puntuales relacionados al contenido, realización y ejecución de la campaña publicitaria en comento; los cuales se encuentran dentro la información declarada como reservada y otros que atienden a criterios técnicos – publicitarios, lo cual escapa a la esfera del control de información que obra en poder de este ente obligado.

En este punto, es preciso acotar –como se ha señalado en otros antecedentes administrativos emitidos por esta Unidad de Acceso a la Información Pública- que el procedimiento de acceso a la información versa sobre la gestión de información de los entes obligados; entiéndase aquélla contenida en documentos, archivos, datos, bases de datos, comunicaciones y todo tipo de registros que documenten el ejercicio de sus facultades; por lo que esta vía no constituye un medio idóneo para obtener valoraciones, pronunciamientos o respuestas concretas sobre cuestionamientos puntuales de los negocios públicos en la medida que ellos no consten en un registro dentro de esta institución. Así, dotando de contenido al *principio de integridad* dispuesto en la LAIP, no resulta propio de la función del Oficial de Información extraer aseveraciones puntuales de documentos públicos a efecto de dar respuestas a las solicitudes de los particulares, puesto que éstas no serían un reflejo fidedigno del elemento volitivo de los actos administrativos emanados por el ente obligado.

A partir estas consideraciones, ante cuestionamientos puntuales tales como: "*¿En qué página y párrafo del Plan Quinquenal de Desarrollo de Gobierno está respaldado el desarrollo de la campaña de cuarto aniversario de gestión?*". La función del Oficial de Información radica en proporcionar al particular toda aquella información pública disponible para que con ella formule un criterio propio sobre la gestión de los negocios públicos.

Con todos estos antecedentes, corresponde denegar al solicitante el acceso al expediente único en comento por los motivos soslayados en la reserva de información y por el resto de acotaciones realizadas en esta resolución.

Con base a las disposiciones citadas y los razonamientos antes expuestos se RESUELVE:

1. Declarase procedente la solicitud de acceso a la información presentada por el licenciado [redacted]
2. Deniéguese al peticionario el acceso a la información pertinente a las letras a), b), c), d), e), f) y las interrogantes 1),2), 3), 4), 5), 6), 7) y 8) por los motivos expuestos en esta resolución.

Versión Pública

3. Hágase de conocimiento al licenciado [redacted] que le asisten los mecanismos de impugnación a este acto administrativo ante el Instituto de Acceso a la Información Pública.
4. Notifíquese al interesado en el medio y forma señalada para tales efectos.

Pavel Benjamín Cruz Álvarez
Oficial de Información
Presidencia de la República

Versión Pública