

157-2015

Presidencia de la República de El Salvador, Unidad de Acceso a la Información Pública: En la ciudad de San Salvador, a las trece horas y diez minutos del día diecisiete de julio de dos mil quince.

El Suscrito Oficial de Información, CONSIDERANDO que:

1. El día dieciocho de junio del año que prosigue se recibió solicitud de acceso por parte de la ciudadana [REDACTED], a través del portal de Gobierno Abierto, quien requiere conocer: Información sobre la publicidad gubernamental englobada bajo la campaña "Un año gobernando con la gente", específicamente objetivos, fines y acciones esenciales; agencia de publicidad o persona contratada para diseño, producción y colocación de espacios o pautas; presupuesto; costos previstos para la campaña y contratos con empresas relacionadas para la colocación y divulgación de dicha campaña.
2. Por auto de las catorce horas del diecinueve de junio del año que transcurre, el suscrito resolvió prevenir a la solicitante cumplir con ciertos requisitos establecidos en la Ley de Acceso a la Información Pública (en lo sucesivo LAIP) y su Reglamento en el sentido que "(...) presente por escrito o en forma digital a esta oficina, el escrito de solicitud de acceso a la información debidamente firmado"
3. Mediante correo electrónico de fecha veintinueve de junio de los corrientes, la peticionaria remitió nuevo escrito pretendiendo subsanar las prevenciones efectuadas respecto de su pretensión de información. Así, por auto de las catorce horas del diecinueve de junio del año que transcurre, el suscrito admitió e inició a trámite el procedimiento de ley a efecto de obtener la documentación pretendida por el inquiriente.
4. Por resolución de las catorce horas del día diez de julio del año en curso, el suscrito resolvió ampliar el trámite de la solicitud debido a la complejidad y especificidad de la información pretendida por los peticionarios. Por lo cual, se otorgó un plazo adicional de cinco días hábiles.
5. Con base a las atribuciones de las letras d), i) y j) del artículo 50 de la Ley de Acceso a la Información Pública (en lo consiguiente LAIP), 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 solicitada por los particulares, y resolver sobre las solicitudes de información que se sometan a su conocimiento.

6. 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 A LA SOLICITUD

Como parte del procedimiento interno de acceso a la información, el suscrito requirió a la Secretaria Privada de este ente obligado la documentación indicada por la peticionaria directamente relacionada con la publicidad gubernamental englobada bajo la campaña "Un año gobernando con la gente"

En respuesta a dicho requerimiento, la Gerencia Administrativa de esta Presidencia de la República comunicó que dicha información se encuentra reservada mediante acto administrativo de fecha siete de julio de dos mil quince, emitido por el Secretario Privado de este ente obligado, por el cual se modificó la previa reserva de documentación en relación a publicidad, se reunió en un solo acto y se denominó: *"declaratoria de reserva del expediente administrativo relacionado a la prestación de servicios de agencia de publicidad para diseño, producción, implementación y colocación en medios de campañas publicitarias institucionales de la Presidencia de la República"*; que en lo medular su fundamentación 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.

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.

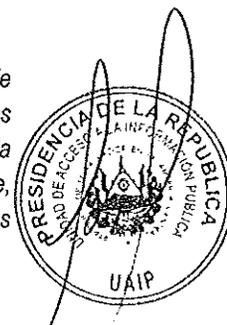
En todas las mencionadas formas de contratación, la institución solicitante de los bienes y servicios define los lineamientos de los productos y a partir de las ofertas recibidas son todas las opciones que tendrá la dependencia gubernamental para elegir el proveedor del servicio. Estas características 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 requerimiento 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 prestación de los servicios de agencias de publicidad para diseño, producción, implementación y colocación en medios de campañas publicitarias institucionales de la Presidencia de la República 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 licitado 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 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.



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.

Con tales circunstancias, ante la eventual licitación de servicios de publicidad para la Presidencia de la República, la divulgación de la información concerniente a los procesos, actos administrativos definitivos y de trámite, y las comunicaciones internas, en cualquier medio de resguardo, efectuadas por servidores públicos en referencia a los procedimientos de contratación y selección de servicios publicitarios, la revisión de propuestas y determinación de objetivos publicitarios institucionales, los planes de lanzamiento y difusión de spots y campañas publicitarias, los lineamientos o memorándums de aprobación de spots, y campañas publicitarias, las actividades de colocación de publicidad en medios de comunicación, las comunicaciones efectuadas por servidores públicos y particulares en relación a la implementación y ejecución de campañas publicitarias institucionales, la gestión de pagos de spots y campañas publicitarias institucionales incluyendo: la emisión de documentación de pago y facturación de las campañas publicitarias institucionales; la contratación con anteriores oferentes o los contratos vigentes que sirven de medio para su realización, sus costos, las modalidades de contratación, los términos de la licitación y demás documentación relacionada podría repercutir en: (1) una posible distorsión en los precios de los servicios de publicidad para la Presidencia; (2) una medida desleal y desigualitaria ante potenciales oferentes de servicios nacionales e internacionales y; (3) en una ventaja indebida en perjuicio de otros competidores en un procedimiento de adquisición de bienes y servicios institucionales.

Estos planteamientos 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 en comento 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 y, evitar la posibilidad de generar una ventaja indebida a un competidor o grupo de competidores frente a otros.

Por tales razonamientos, con base a las excepciones contempladas en el artículo 19 letra h) LAIP, resulta necesario reservar el expediente denominado "Prestación de servicios de agencias de publicidad para diseño, producción, implementación y colocación en medios de campañas publicitarias institucionales de la Presidencia de la República"; 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 hacia 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 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.

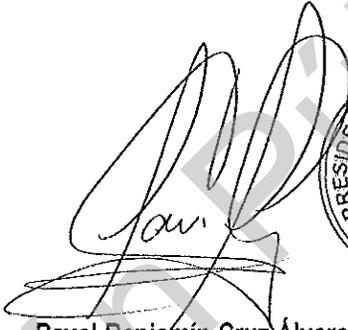
Ahora bien, en cuanto al plazo de la reserva debe señalarse que la documentación de mérito tendrá un plazo de reserva de siete años contados a partir de su incorporación al expediente, acorde a lo dispuesto en el artículo 20 LAIP y 36 de su reglamento"

Notándose que la información requerida por la peticionaria se encuentra supedita a un acto administrativo de reserva adecuado a una de las causales estipuladas en la ley de la materia; corresponde denegar su acceso a la peticionaria por los motivos invocados por el Secretario Privado de la Presidencia de la República.

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

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

1. Deniéguese a [REDACTED] el acceso a la documentación requerida relacionada con la publicidad gubernamental englobada bajo la campaña "Un año gobernando con la gente".
2. Hágase de conocimiento a la peticionaria que le asiste su derecho de impugnación de esta resolución ante el Instituto de Acceso a la Información Pública.
3. Incorpórese en el índice de información reservada de este ente obligado las modificaciones efectuadas a la reserva de información relacionada a la prestación de servicios de agencias de publicidad.
4. Notifíquese a la interesada este proveído por el medio señalado al efecto en su solicitud.



Pavel Benjamín Cruz Álvarez
Oficial de Información
Presidencia de la República

Versión Pública