

Presidencia de la República de El Salvador, Unidad de Acceso a la Información Pública: En la ciudad de San Salvador, a trece horas con treinta minutos del veintinueve de marzo de dos mil dieciséis.

El Suscrito Oficial de Información, CONSIDERANDO que:

1. El día veintiséis de febrero del año que transcurre, se recibió solicitud de información de parte de la señorita [REDACTED], por medio del portal electrónico Gobierno Abierto, en la que requiere conocer: los gastos sobre la publicidad gubernamental relativa a la reforma del sistema de pensiones propuesta por Órgano Ejecutivo, y en específico, copia del acuerdo, resolución o cualquier respaldo documental (en cualquier forma de resguardo), emitido por la Presidencia de la República, o por la Secretaría de Comunicaciones, o por la Dirección de Publicidad de la Presidencia de la República, o por cualquier entidad estatal que establece, fija o determina el presupuesto asignado a ocupar en dicha publicidad.
2. Mediante resolución de las catorce horas del veintinueve de febrero del año que prosigue, el suscrito previno a la peticionaria que presentare su solicitud de información debidamente firmada a efecto de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 53 y 54 del Reglamento de la ley de la materia. En tal perspectiva, en fecha dos de marzo de los corrientes, la peticionaria nuevamente presentó su solicitud de información subsanando el defecto de forma señalado por esta Oficina de Información y Respuesta (OIR).
3. Por auto de las trece horas del dieciséis de marzo del año que prosigue, el suscrito resolvió ampliar el plazo de tramitación de este proceso debido a la complejidad de la documentación requerida por la peticionaria y, particularmente, en razón de causas ajenas a este proceso derivadas del amparo constitucional tramitado ante la Sala de lo Constitucional con número de referencia 713-2015, cuyo objeto versa sobre puntos concernientes a la reserva de publicidad gubernamental emitida por esta Presidencia de la República.
4. 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.

5. 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 al Secretario de Comunicaciones de este ente obligado el detalle de la documentación consistente en: *los gastos sobre la publicidad gubernamental relativa a la reforma del sistema de pensiones propuesta por el órgano ejecutivo, y en específico, copia del acuerdo, resolución o cualquier respaldo documental (en cualquier forma de resguardo), emitido por la Presidencia de la República, o por la Secretaria de Comunicaciones de la Presidencia de la República, o por la Dirección de Publicidad de la Presidencia de la República, que establece, fija o determina el presupuesto asignado a ocupar en dicha publicidad.*

En respuesta a dicho requerimiento, el aludido funcionario manifestó que: *“la información referida a los gastos sobre publicidad gubernamental fue declarada reservada mediante acto administrativo de siete de julio de dos mil quince, emitido por el Secretario Privado de esta Presidencia de la República. Dicha reserva incluye los actos administrativos definitivos y de trámite, y las comunicaciones internas, en cualquier medio de resguardo sobre las actividades de colocación de publicidad en medios de comunicación, la gestión de pago 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, por lo que nos vemos imposibilitados de brindar lo requerido”.*

En ese sentido, el suscrito advierte que la motivación de la reserva a la que alude el Secretario de Comunicaciones – en lo medular – es la que procede:

“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 personal 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.***

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.



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.

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.

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".

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

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

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 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 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"

Con todos estos elementos, corresponde denegar la información de mérito por encontrarse reservada por acto administrativo previo emitido por esta Presidencia de la República, confirmado por el Instituto de Acceso a la Información Pública.

1. *Deniéguese* a la señorita [REDACTED] la documentación requerida en su solicitud de información, por los motivos expuestos en esta resolución.
2. *Notifíquese* a la interesada este proveído en el medio y forma señalado para tales efectos.

Pavel Benjamín Cruz Álvarez
Oficial de Información
Presidencia de la República

Versión Pública