

RES. 2656/2020

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS
EN SESION DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2020
(E. E. N° 2020-17-1-0005447, Ent. N° 4159/2020)**

VISTO: la consulta remitida por la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), al amparo de lo establecido en el artículo 112 del TOCAF;

RESULTANDO: 1) que la presidencia de la URSEC formula consulta vinculante respecto a la denominada portabilidad numérica, en el ámbito de lo establecido por los artículos 471 a 476 de la ley 19.889 de 9/7/2020;

2) que en efecto, el artículo 472 de la norma citada establece la obligación de los servicios de telefonía móvil de prestar el servicio de portabilidad numérica, entendida esta como *“la posibilidad del usuario de conservar su número telefónico sin deterioro de la calidad y confiabilidad, en el evento de que cambie de operador, de conformidad con los requerimientos que disponga la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones”*;

3) que la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Económicos de la URSEC entiende que en el ámbito del Comité de Portabilidad Numérica regulado en el artículo 474 de la ley citada, se podría proceder a realizar la convocatoria al procedimiento y a participar en la selección para para la contratación de la empresa administradora de la Base de Datos. La selección sería realizada por el mencionado Comité cuya integración fue aprobada por resolución N° 630/20 de fecha 10 de setiembre de 2020 del Poder Ejecutivo, y una vez elegido el oferente la contratación se celebrará en

forma directa por cada uno de los operadores de telefonía móvil, quienes tienen a su cargo la erogación de referencia;

4) que en definitiva, la consulta remitida refiere a la legitimidad y viabilidad del plan de acción descrito sintéticamente en el numeral anterior;

CONSIDERANDO: 1) que el artículo 112° del TOCAF establece que *“EL Tribunal de Cuentas evacuará las consultas que le formulen por escrito los organismos públicos, cuyo efecto será vinculante en el caso concreto y publicará periódicamente las consultas de interés general, así como otros dictámenes, ordenanzas y normas vigentes,”*

2) que este Tribunal, por Resolución de 30 de junio de 2004, dispuso que las consultas que a partir de dicha fecha se le cursen, deben ser formuladas por el Jefe máximo del servicio, en forma escrita y venir acompañadas por la opinión de los servicios técnicos del Organismo consultante. Téngase presente que las consultas así formuladas tendrán carácter vinculante de acuerdo a lo establecido por el artículo 112 del T.O.C.A.F.;

3) que el artículo 70 de la ley 17.296 de fecha 21 de febrero de 2001, en la redacción dada por el artículo 256 de la ley 19.889 de 09 de julio de 2020, modifica el régimen jurídico de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), definiéndola como persona jurídica estatal descentralizada (Servicio Descentralizado), siendo uno de sus cometidos el referido a las telecomunicaciones, entendidas como toda transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos;

4) que de acuerdo a lo dispuesto en la Sección XI, Capítulo II, artículo 475 de la Ley 19.889 de 09 de julio de 2020, se establece que la portabilidad numérica se implementará de conformidad con el cronograma que, para tal fin, elabore la URSEC. A tales efectos, dicha entidad

deberá conformar un Comité de Portabilidad Numérica dentro de los sesenta días de promulgada la citada ley, el cual funcionará en el ámbito de la URSEC y se conformará con personas de notoria solvencia y experiencia técnica en la materia;

5) que el Poder Ejecutivo aprobó la integración del Comité de Portabilidad Numérica por resolución N° 630/20 de 10/09/2020;

6) que de acuerdo a lo establecido en el artículo 474 de la ley 19.889, el referido Comité deberá determinar -entre otros- los mecanismos y formas de implementación de la portabilidad numérica para el sistema de telefonía móvil, y todo otro aspecto o medida regulatoria que se considere indispensable para que la portabilidad numérica se haga efectiva;

7) que la norma asimismo establece que dicho Comité elaborará, dentro de los ciento ochenta días siguientes a su conformación, un cronograma de actividades para la implementación de lo dispuesto en la citada ley;

8) que la implementación de la portabilidad numérica implica la realización de un procedimiento competitivo para la selección de la empresa administradora de la Base de Datos, la cual -una vez seleccionada- será contratada por los operadores de telefonía móvil, entre los que se encuentra ANTEL, quienes en definitiva solventarán la erogación que implique tal contratación;

9) que si bien el cronograma de actividades a realizar por el Comité de Portabilidad Numérica, entre los cuales se encuentra el procedimiento de selección citado, no implica una erogación para la URSEC, el mismo debe cumplir con la normativa vigente en materia de contratación administrativa;

10) que cabe tener presente que el artículo 476 de la ley citada establece que la implementación del sistema de portabilidad numérica requerirá de la aprobación del Poder Ejecutivo, previo informe preceptivo del organismo actuante;

ATENTO: a lo expuesto precedentemente, y a lo dispuesto por el artículo 211 Literal B) de la Constitución de la Republica;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1) Evacuar la consulta en los términos de los presentes Considerandos; y
- 2) Comunicar al Organismo.

aov

**CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO
CR. ENRIQUE CABRERA:**

“Este asunto fue tratado en la sesión del 16/12/20 y fue aplazado para un mejor estudio. En esa primera sesión fue evidente el poco análisis que tenía por parte de los Servicios Jurídicos del Tribunal de Cuentas, más aún de los Ministros del cuerpo en la medida que la llegada del asunto fue como agregada a la sesión. En dicha sesión y ante el reconocimiento de la falta de análisis por parte del Director de la División Jurídica se pospuso el tratamiento del asunto para un mejor análisis en la sesión siguiente.

En la sesión del 23/12/2020 nuevamente el expediente 5447/20 es tratado como asunto 1.4.14 y el mismo vuela en las mismas condiciones que la semana anterior, con la misma falta de análisis de los Servicios Jurídicos, reconocido nuevamente por su dirección. Es decir que el asunto fue resuelto con las mismas insuficiencias de análisis de la sesión del 16/12/2020.

Cabe agregar que por ser una consulta la misma no tenía plazo para el tratamiento por parte del Tribunal de Cuentas, no hubo una voluntad expresa por parte de la mayoría para resolver con las garantías de un mejor análisis.

Obligado a discutir en estas condiciones en cuanto al contenido de la resolución acompañó además los fundamentos del Ministro Miguel Aumento para este asunto.

Por lo expuesto en estos argumentos fundamento mi voto discorde para el asunto 1.4.14 de la Sesión del 23/12/2020”.

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO ING. MIGUEL AUMENTO: He votado en forma discordo la Resolución recaída en este expediente, en tanto no comparto la posición sustentada por la mayoría del Tribunal de Cuentas, tal como se dirá seguidamente.

En primer término, cabe señalar que el Considerado 9) de dicha Resolución es el único que se convierte en sustantivo, aunque ambiguo y confuso. La única interpretación que desde allí no resulta posible es lo que se sostendrá desde esta discordia, y es que la concreción del plan propuesto no se ajusta a derecho, dado que si esa hubiera sido la conclusión del Tribunal, resultaba más sencillo esgrimirla con claridad.

Entonces, la consulta a responder era así de simple del punto de vista gramatical: ¿Se ajusta o no a derecho que el Poder Ejecutivo apruebe un Decreto que habilite al Comité de Portabilidad Numérica a la determinación del proveedor -mediante un proceso competitivo- para que luego los operadores lo contraten directamente?.

En segundo término, no verifico con contundencia que la consulta efectuada por la URSEC sea de carácter vinculante según lo preceptuado por el artículo 112 del TOCAF en los términos del Considerando 5) de la Resolución de Carácter General de este Cuerpo de fecha 30/06/2004 (Considerandos 1 y 2 de la resolución que nos ocupa ahora). Y esto es así dado que no fue el Poder Ejecutivo quien la formuló (siendo el responsable de aprobar el Decreto referido) ni el propio Directorio de ANTEL (que es la persona pública que debe contratar directamente al proveedor que seleccione un tercero). Por tanto, el hecho que se diga que la URSEC no puede apartarse de la conclusión del Tribunal no resulta evidente. En este marco, entiendo que no se puede descartar sin análisis mediante que la respuesta del Tribunal, en esta instancia, no implica un prejuizamiento. En este sentido, la conclusión del Tribunal -cualquiera haya sido según se interprete- haría al ejercicio de la causa

posterior o principal en la órbita estatal, que es la contratación del proveedor por parte del ANTEL (gasto que el Tribunal debe analizar irremediablemente) con independencia de la causal de excepción que ANTEL invoque. Pero el Tribunal de Cuentas se expidió, por tanto cabe esta discordia sobre el tema de fondo.

En tercer término, y dicho todo lo anterior, me referiré ahora a lo sustancial del asunto, con la limitación dada que no se ha remitido el Proyecto de Decreto a que alude la consulta.

En mi opinión, no existe precepto alguno que permita que los gastos le sean ordenados -o mejor dicho, determinados- a ANTEL por otro órgano. A efectos de cumplir la garantía básica de vigencia del principio de legalidad, debió señalarse con claridad si se considera jurídicamente válido que un servicio descentralizado -o un Comité que se encuentra en la órbita de dicho servicio descentralizado- le determine la selección de un co-contratante a otro servicio descentralizado. El principio general surge del inciso primero del artículo 185 de la Constitución que establece que *“Los diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado serán administrados por Directorios o Directores Generales y tendrán el grado de descentralización que fijen la presente Constitución y las leyes que se dictaren con la conformidad de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”*.

En otras palabras, la descentralización implica la ruptura del vínculo jerárquico, por lo que todos los poderes jurídicos implícitos para el funcionamiento del servicio descentralizado son conferidos a su órgano jerarca (Directorio), sin perjuicio de los controles (aún sustitutivos de voluntad, previstos en el artículo 197 de la Constitución) que puede ejercer el Poder Ejecutivo y solo el Poder Ejecutivo (no otro servicio descentralizado). En tanto, de acuerdo a la Carta Orgánica de ANTEL, *“La Administración del servicio será ejercida por un Directorio que integrarán tres miembros designados por el Poder Ejecutivo de*

acuerdo con lo dispuesto por el artículo 187 de la Constitución de la República...". En consecuencia, el Directorio es el ordenador primario de gastos en ANTEL, aspecto que es ratificado a texto expreso por el literal G del artículo 27 del TOCAF.

De acuerdo a todo lo anterior se debe interpretar la normativa de la ley 19.889 relativa a la portabilidad numérica.

El artículo 475 de dicha ley establece que *"Los costos de adecuación de las redes y de los sistemas para implementar la portabilidad numérica serán sufragados por sus operadores y en ningún caso se trasladarán al usuario"*.

Es decir, el costo de la implantación es determinado como costo del operador, por lo que deberá ser pago con recursos propios y en el marco de la más estricta aplicación de la normativa relativa a la ordenación de dichos gastos (TOCAF), si es que nos detenemos en lo que respecta a un operador de la órbita pública estatal. Dicho Texto Ordenado regula con precisión la competencia pagar gastar, como presupuesto de validez de cualquier acto administrativo que disponga un gasto. Y por supuesto que esto incluye la autorización del procedimiento que corresponda y en su caso la aprobación de los pliegos respectivos y de la fundamentación del acto de adjudicación mediante la conformación de una Comisión Asesora de Adjudicaciones compuesta por funcionarios propios, sin desmedro de su facultad de ser asesorada externamente (artículo 66 del TOCAF). Así, debe tenerse presente que el artículo 26 del TOCAF dispone que *"Son ordenadores primarios de gastos, hasta el límite de la asignación presupuestal, los jefes máximos de toda Administración, cualquiera sea su naturaleza jurídica"*. Si no fuera el caso, resulta de aplicación el artículo 28 del TOCAF.

Para no seguir todo este sistema, debe existir una norma derogatoria o modificatoria. La lectura de los artículos 471 a 476 de la ley 19.889 no expresa norma alguna en tal sentido.

Los cometidos del Comité que se configuró tienen que ver con la implantación de un cronograma de implementación (artículo 473 inciso segundo) que refiere a fijar etapas a ser cumplidas por los operadores, a la realización de estudios técnicos y de impacto económico o de “mecanismos y formas de implementación” de la portabilidad (artículo 474 literal A) o del “esquema técnico” (literal B). De estas normas no puede verificarse derogación de ninguna normativa vigente que permita el plan de acción propuesto.

Comprendo las dificultades que pueden haberse presentado para que la URSEC terminara proponiendo el plan de acción que nos ocupa, pero lo que debió hacer el Tribunal de Cuentas es dictaminar si, como consecuencia, la interpretación dada al artículo 474 literal K) de la ley 19.889 en cuanto asigna al Comité *“Todo otro aspecto o medida regulatoria que se considere indispensable para que la portabilidad numérica se haga efectiva”* es la pertinente. La selección del co-contratante no es un “aspecto regulatorio” o una “medida regulatoria”. Nada tiene que ver con la efectividad del sistema que lo preste una empresa u otra. Una cosa es exigir que el sistema a contratarse cumpla con preceptos tales como, estándares de interoperabilidad, seguridad, protección de datos, etc., y otra bien distinta es la determinación del proveedor y por tanto del gasto.

Debe recordarse que ante el dilema de interpretar una norma legislativa de forma contraria a la Constitución, habiendo una interpretación gramaticalmente posible que la ajuste a la normativa constitucional, el intérprete debe preferir la que salvaguarda la vigencia de los principios constitucionales y no la que los puede vulnerar.

En mi opinión, hay una interpretación que permite compatibilizar el sistema de relacionamiento entre el Poder Ejecutivo y el servicio descentralizado en los términos del artículo 185 de la Constitución: la que asigna al Comité la potestad de establecer estándares técnicos generales de interoperabilidad al sistema a contratarse. Y no la que le permitiría sustituir al Directorio de ANTEL en su rol normativamente dispuesto. La competencia que se le atribuyó por ley al Comité de Portabilidad Numérica no es la que se pretende reglamentar por medio de un Decreto. Al menos el principio de jerarquía debe primar.

Por otra parte, al no haber informe de disponibilidad de fondos presupuestarios de ANTEL, no resulta posible saber si se cuenta con rubro presupuestal especialmente previsto para el pago de esta contratación, dado que no se podía prever que se determinara un gasto en los términos proyectados.

En definitiva, el mecanismo que se propone debió ser definido como no ajustado a la normativa vigente, siendo necesaria una ley que lo determine y en conformidad con la Constitución. Debe consignarse que el Decreto pretendido modificará y no interpretará la ley 19.889, entre otras disposiciones.

La propia Gerencia de Asuntos Jurídicos y Económicos de la URSEC entiende que dicho servicio descentralizado no puede realizar el procedimiento licitatorio. Sí sostiene que la acción pretendida podría efectuarse a través del Comité referido si mediare un Decreto del Poder Ejecutivo.

Sobre esto cabe señalar, por un lado, que no se puede soslayar que dicho Comité se encuentra en la órbita de la URSEC. Y por el otro, que todo podría resultar en una evidente contradicción. Y esto es así dado que no se puede de forma alguna evitar imaginar que sucedería si el Representante de ANTEL en el Comité referido queda en minoría, en tanto puede no estar de acuerdo con el Pliego que regirá el proceso y/o con las resultancias emergentes de la etapa esencial (elección del proveedor).

Desde allí, el ordenador del gasto -que no cabe duda que recae en la propia ANTEL- deberá contratar directamente a pesar de las objeciones de al menos su representante en el Comité, ya sea por situaciones dadas en la etapa preparatoria y/o en la esencial. También pueden existir reparos por parte del Directorio de ANTEL, pero este organismo deberá ceñirse a lo estipulado, es decir, tendrá que contratar¹ (cualquiera sea la cuantía de la erogación que el tercero le determine).-

¹ La URSEC también solicitó opinión de este Tribunal sobre la viabilidad del plan de acción propuesto, y ello conllevaría, entre otros aspectos, a un análisis de riesgo legal y económico-financiero. Este Cuerpo no se ha expresado al respecto, por lo que no corresponde que se haga aquí. Ni desde lo que hace al operador estatal ni concretamente sobre los operadores privados (v.gr. derecho de comercio).

**CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DE LA MINISTRA
CRA. DIANA MARCOS:**

“Comparto en todos sus términos el fundamento de voto discorde del Ministro Ing. Miguel Aumento, referida a la consulta de URSEC relacionada con los operadores de servicios de telefonía móvil que tienen obligación de brindar a sus usuarios el servicio de portabilidad numérica”.