



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

Buenos Aires, octubre de 2023.-

VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos por **Autopistas del Sol S.A.** contra las resoluciones del 27/10/2022, por la que el Sr. juez de grado declaró su competencia para entender en la presente causa; del 9/11/2022, por la que hizo lugar parcialmente a la medida cautelar oportunamente requerida por la parte actora en el escrito de inicio del 12/10/2022; y del 4/7/2023, por la que admitió la nueva tutela solicitada por la demandante el 8/6/2023. Asimismo, la presentación efectuada por esa misma parte el 19/12/2022, mediante la que solicitó que sea testada una parte de la contestación del memorial del segundo recurso mencionado y se desglose la documentación acompañada en ese mismo escrito; y

CONSIDERANDO:

1º) Que, el 12/10/2022, la **Dirección Nacional de Vialidad** promovió la presente **acción de lesividad**, en los términos del art. 17 de la ley 19.549 y en cumplimiento de lo ordenado en el art. 2º del decreto 633/2022, con el objeto de que se declare la **nulidad absoluta** de: *i)* el **Acuerdo Integral de Renegociación Contractual** suscripto con la firma Autopistas del Sol S.A. el 26/06/2018 (en adelante AIRC), modificatorio del Contrato de Concesión del Acceso Norte a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y *ii)* el **decreto 607/2018**, mediante el que se aprobó el mencionado acuerdo.

Asimismo, solicitó, como **medida cautelar** y en los términos del art. 16 de la ley 26.854, que se **suspendiesen los efectos de los actos impugnados**, pretensión que requirió que fuese resuelta *in audita parte*.

En lo que a en esta oportunidad respecta, después de realizar un extenso y pormenorizado relato de los antecedentes fácticos y normativos del caso, sostuvo que el AIRC adolecía de vicios graves en todos sus elementos constitutivos. En breve síntesis, expuso que: *i)* fue dictado por autoridad *incompetente* (por encontrarse caduca la delegación prevista en el art. 9º de la ley 25.561 y por versar sobre materias ajenas a sus atribuciones legales); *ii)* se fundó sobre *antecedentes fácticos y jurídicos falsos o inexistentes* (vgr. cuantía de la deuda reconocida en concepto de compensación de inversión, quiebra de la ecuación económico-



financiera del contrato, incidencia del proceso arbitral iniciado frente al CIADI por Abertis Infraestructuras S.A. –accionista del demandada–, disminución de la rentabilidad, entre otros); *iii*) su *objeto* y términos resultaban contrarios al del contrato original (prorrogado en el 2006; no sólo en cuanto a su contenido, sino también respecto de su plazo de vigencia) y a las disposiciones de diversas normas aplicables a la materia (al establecer una dolarización e indexación prohibida por las leyes 23.928 y 25.561, fijar parámetros de actualización tarifaria contrarios a los lineamientos sentados por el art. 3° de la ley 17.520, reconocer una exención del Impuesto a las Ganancias improcedente en los términos de la ley 22.016, excusar a la contratista del agotamiento de la instancia administrativa ante eventuales conflictos en contraposición de lo dispuesto en la ley 19.549, y acordar la aplicación de un procedimiento arbitral para dirimir disputas sin autorización legal alguna); *iv*) en atención al alcance de sus términos y condiciones, constituía, en esencia, un nuevo contrato que debió llevarse a cabo mediante el cumplimiento del *procedimiento* de selección pertinente; *v*) tampoco se le dio intervención al Comisión Bicameral de Seguimiento creada por la ley 25.561, conforme lo dispuesto en el art. 4° de la ley 25.790; *vi*) carecía de *motivación* suficiente para justificar cada una de las medidas adoptadas en las diversas cláusulas cuestionadas (vgr. asunción y cuantía de la deuda reconocida, dolarización e indexación, restricción de proceso de control, entre otras cuestiones que observa); y *vii*) su *finalidad* atentaba contra la del contrato de concesión original, el interés público y los derechos de los usuarios del servicio, en la medida que sólo reflejaba la intención de reconocer una deuda e instaurar un mecanismo para su compensación, sin ponderar aquellos otros intereses.

Sobre la base de tales consideraciones y para justificar la pretensión cautelar requerida, afirmó, en primer lugar, que el objeto de la tutela claramente no coincidía con el de la acción de lesividad promovida.

A su vez, expuso que se advertía con facilidad el riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad, de conformidad con lo exigido en el art. 16, inc. 1°, de la ley 26.854. En este sentido, no sólo destacó el monto exorbitante de la deuda reconocida a la contratista (U\$ 499.000.000) y las inevitables repercusiones económicas sobre el erario, sino también que el debido cumplimiento de lo acordado conllevaría a un incremento de doce (12) veces el valor de la tarifa, en desmedro de los intereses de los usuarios. Asimismo, añadió que, en razón de las particularidades del caso, la tramitación del proceso y el dictado de la sentencia definitiva insumiría un tiempo considerable, lo que justificaba aún más la concesión de la tutela, teniendo en cuenta la relevancia de los bienes jurídicos comprometidos.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

En tercer término, manifestó que la verosimilitud del derecho invocado y de la ilegitimidad de los actos cuestionados (art. 16, inc. 2°, de la ley 26.854) se evidenciaba a partir de los múltiples vicios que adolecían, identificados precedentemente.

En cuarto lugar, precisó que se verificaba la idoneidad y necesidad de la medida en relación con el objeto de la pretensión principal (art. 16, inc. 3°, de la ley 26.854), dado que se presentaba como la forma más adecuada de evitar que se prolongase en el tiempo, y de *facto*, una situación antijurídica contraria al interés público.

Por último, sostuvo que correspondía eximirla de caución alguna en razón de lo dispuesto en el art. 11, inc. 1°, de la ley 26.854 y que, en la hipótesis de que se admitiera su pretensión precautoria, el servicio de administración y gestión del Acceso Norte a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podía ser asumido y garantizado por Corredores Viales S.A., sociedad cuyos titulares accionarios eran el Estado Nacional y la Dirección Nacional de Vialidad. Sobre este último aspecto, destacó que la referida firma se encontraba en condiciones económicas, jurídicas y técnicas para afrontar tal labor en forma regular y continua, entre otras razones, porque su objeto social se lo permitía y porque en la actualidad cumplía tal función respecto de la Autopista Riccheri (otro de los accesos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y muchas otras rutas nacionales, por una cobertura total de 5.919,17 kilómetros.

Por otra parte, tras expedirse sobre la procedencia formal y sustancial de la acción de lesividad intentada, individualizó los motivos por los que entendía que los tribunales de este fuero resultaban competentes para conocer en la presente causa. En particular, indicó que: *i)* era nula la cláusula compromisoria establecida en el artículo 16 del AIRC, que previa la jurisdicción arbitral para todos los casos en que se suscitaban diferencias entre las partes del contrato, toda vez que no había sido dictada sobre la base de una autorización legal expresa, exigencia ineludible para que el Estado Nacional pudiera someterse a ese mecanismo especial de solución de conflictos; *ii)* las acciones de lesividad, como la presente, debían tramitarse por ante los tribunales de justicia, de acuerdo a lo previsto en el art. 17 del ley 19.549; *iii)* correspondía a la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de esta ciudad entender en el *sub examine*, en razón de la materia sobre la que versaba la



controversia y el territorio sobre el que ejercía su jurisdicción; y iv) aún reputando válida la cláusula compromisoria del AIRC (art. 16), de sus disposiciones podía colegirse que el Poder Judicial de la Nación resultaba competente en estos autos, ya que no se discutía sobre una *consecuencia o diferencia derivada* del contrato sino sobre su validez misma, supuesto que no encuadraba en las previsiones de tal precepto.

2º) Que, el **27/10/2022** y de acuerdo con lo dictaminado con el Sr. Fiscal interviniente ante la anterior instancia, el Sr. juez de grado **declaró su competencia** para entender en la causa.

A su vez, **9/11/2022**, hizo lugar parcialmente a **la medida cautelar** peticionada.

Para así resolver, tras efectuar un detallado relato de los antecedentes del caso e identificar los requisitos necesarios para la procedencia de una tutela como la requerida, aclaró que la medida solicitada tenía por objeto *“evitar que la empresa concesionaria (AUSOL SA) continúe percibiendo los importes de los peajes que abonan los usuarios del Acceso Norte, afectándose el interés de los mismos y del erario público (sic), atento la posibilidad cierta de que el Estado deba atender el pago de la deuda reconocida a favor de AUSOL SA en el supuesto de que las sumas abonadas en concepto de tarifa de peaje no resulten suficientes para su cancelación; y que, en caso de concederse la medida cautelar solicitada, la continuidad de la prestación del servicio se encuentre en cabeza de la empresa Corredores Viales SA...”*.

En esos términos, sostuvo que no resultaba posible admitir la pretensión con el alcance requerido, ya que *“las circunstancias del caso tornan imprescindible la necesidad de un mayor conocimiento, requiriéndose el ofrecimiento de pruebas y, por ende, de un mayor debate que no puede concretarse dentro del limitado marco de la medida cautelar formulada”*.

Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades del caso y la gran importancia de los intereses en juego (entre los que destacó a la necesidad de garantizar la continuidad y regularidad del servicio vial comprometido, resguardar los derechos de los usuarios conforme lo establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional y no afectar el erario en forma injustificada), consideró que se encontraban reunidos los requisitos previstos en los arts. 3º y 16 de la ley 26.854 para otorgar una tutela distinta a la peticionada. En especial, resaltó la efectiva existencia de un riesgo cierto e inminente de ocasionar perjuicios al interés público involucrado.

Por consiguiente, dispuso hacer lugar en forma parcial a la pretensión cautelar y *“designar un Interventor Veedor y Fiscalizador con el fin de ejercer la su-*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

pervisión, inspección y auditoría de la renegociación del Contrato de Concesión aludido, teniendo además a su cargo la fiscalización y control de todos los actos de administración habitual que puedan afectar la normal prestación del servicio público que resulta objeto de la concesión ya mencionada”.

Asimismo, ordenó suspender *“el mecanismo de compensación destinado a la recuperación de la suma de USD 499.000.000 en la forma allí dispuesta (cfr. artículo quinto ‘Nuevo Plan Económico Financiero para la Concesión’ y siguientes del citado acuerdo), con el fin de evitar que se consuman los fondos obtenidos en el marco del acuerdo aquí cuestionado, antes que se pueda resolver la cuestión de fondo; o, dicho en otros términos, que se retiren los fondos de la sociedad demandada con la consiguiente posibilidad de que en el futuro no puedan reponerse, para su reingreso al patrimonio, vaciando de efectividad a una eventual sentencia favorable”;* y estableció *“la prohibición preventiva de distribuir dividendos y de alterar, mediante cualquier figura jurídica, la composición del capital social y de las posiciones accionarias de la empresa AUSOL SA.”.*

Para reforzar su decisión, citó jurisprudencia y doctrina que estimó aplicable al caso.

Por último, aclaró que las previsiones de la cláusula compromisoria del AIRC (art. 16) no resultaban un impedimento para la adopción de la tutela en cuestión, toda vez que, justamente, era la validez de ese acuerdo y de esa disposición en particular lo que se discutía en estos autos; y que además, una solución contraria importaría *sustraer* del conocimiento del juez natural una controversia de gran relevancia para el interés público.

3º) Que, el 16/11/2022, se presentó **Autopistas del Sol S.A.** e interpuso **recurso de apelación** contra tales decisiones —declaración de **competencia** y **admisión parcial de la medida cautelar**—, que fue concedido al día siguiente, fundado el 28/11/2022 y contestado 12/12/2022.

Para sostener sus pretensiones, efectuó, en primer lugar, un detallado relato de los antecedentes del caso. En el marco de esa labor, destacó: *i) que el AIRC era “resultado de un proceso de renegociación que se extendió a lo largo de dieciséis (16) años, a través de distintas Administraciones de Gobierno (de diferente signo político), y que contó con la intervención de todos los organismos de control*



competentes, la realización de audiencias públicas y la aprobación del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo Nacional (el 'PEN')"; ii) que de las disposiciones del art. 9º de la ley 25.561 y de la cláusula 7ª del Acuerdo de Renegociación Contractual (en adelante, ARC 2006), aprobado por el decreto 296/2006, se desprende que el Estado Nacional había asumido el compromiso de llevar a cabo un instancia de revisión con el objeto garantizar la *recomposición total y definitiva* del contrato; iii) que la omisión de cumplir con tal obligación motivó que Autopistas del Sol S.A. presentara un reclamo administrativo previo en 2015 y que una de sus accionistas, Abertis Infraestructuras S.A., promoviera un reclamo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ese mismo año; y iv) que, en esos términos, el AIRC —cuya validez cuestionaba la actora— había permitido “concluir el hito pendiente de la renegociación impuesta en 2002 por la Ley 25.561 y establecer las condiciones para la recomposición definitiva de la ecuación económico-financiera del Contrato de Concesión, dando así cumplimiento al compromiso asumido por el Estado Nacional en el ARC de 2006” y “poner término a disputas de orden local e internacional... que representaban contingencias económicas muy significativas para el Estado Nacional”.

Por consiguiente, concluyó que el acuerdo impugnado, fruto de una negociación en la que se respetaron todos los procedimientos de control y en la que ambas partes efectuaron concesiones recíprocas, y que se encontraba en pleno cumplimiento en forma pacífica desde hace más de cuatro (4) años, constituía una situación *jurídica firme y consolidada*, motivo por el que los derechos adquiridos en consecuencia se encontraban constitucionalmente amparados.

Formuladas tales consideraciones previas, expuso, en síntesis, que la medida cautelar apelada fue dictada “(i) *sin jurisdicción y competencia*; (ii) *sin legitimación activa de la parte actora*; (iii) *sin verosimilitud en el derecho*; (iv) *sin peligro en la demora*; y (v) *sin que las medidas dispuestas sean necesarias, proporcionadas e idóneas*”.

Respecto del **primer punto**, señaló que “*Por aplicación de los principios ‘competencia de la competencia’ y de ‘autonomía de la cláusula arbitral’, el sometimiento de la controversia a la jurisdicción arbitral mantiene plena eficacia aun cuando el Estado Nacional cuestione la validez del Acuerdo Integral y de su Cláusula Arbitral*” (el destacado pertenece al original), motivo por el que tal pretensión debía ser sometida, previamente, al tribunal arbitral correspondiente. Agregó que esa conclusión no se veía alterada porque, en el caso, se tratase de una acción de lesividad, en la medida que prevalecía la protección constitucional de los derechos contractuales consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional. En otro orden de ideas, explicó que tampoco existía





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

impedimento alguno para que el Estado Nacional sometiese a arbitraje divergencias de carácter contractual y patrimonial, como ocurría en estos autos; que la cláusula compromisoria del AIRC no infringía el principio de legalidad, dado que se adecuaba a las previsiones del contrato original, que también había previsto tal solución con sustento en los artículos 55 de la ley 13.064 y 18 de la ley 23.982; que no se violaba el derecho del concedente a “*fijar jurisdicción*”; y subsidiariamente, que no se discutía una cuestión vinculada al poder de policía del Estado Nacional, materia expresamente excluida por las partes de la *jurisdicción arbitral*, de acuerdo a las disposición del contrato original.

A su vez, resaltó que la interpretación propuesta se veía reforzada si se tenía en cuenta que, en la actualidad, se encontraba en curso “*un procedimiento arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en el que, luego de dársele al Estado Nacional la posibilidad de ser oído y ejercer su defensa, se ordenó al PEN abstenerse de proseguir con estas actuaciones, por sí o a través de la DNV*”, decisión que había sido debidamente notificada a la actora.

Con relación al **segundo aspecto**, afirmó que la DNV carecía en forma manifiesta de **legitimación activa** para promover la presente acción de lesividad y solicitar la tutela en cuestión. Ello, en tanto que no era el órgano que emitió el acto cuya nulidad se perseguía; no era parte en el contrato involucrado en estos autos; era un ente descentralizado con autarquía, es decir con personalidad propia; y la instrucción efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 633/2022 resultaba insuficiente a tales efectos e incompatible con las funciones del referido organismo.

En lo que hace a la **tercera cuestión**, desarrolló en extenso múltiples argumentos tendientes a demostrar la ausencia de **verosimilitud en el derecho** de la actora, en los términos exigidos por el art. 16, inc. 2º, de la ley 26.854. Entre los más relevantes, expuso que: *i)* el AIRC gozaba de presunción de legitimidad; *ii)* el procedimiento de revisión de ese acuerdo, que culminó con el dictado del decreto 633/22 —mediante el que se declaró lesivo el AIRC y a los decretos 607/18 y 608/18, y se impartió la instrucción de iniciar la presente acción—, adolecía de *notorias irregularidades*; *iii)* sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 25.561, la Administración contaba con competencia para la celebración del AIRC, en la medida que es una función propia del Poder Ejecutivo Nacional la de renegociar los



contratos públicos que oportunamente adjudicó, de acuerdo a los criterios sentados por la propia Procuración del Tesoro de la Nación y a las disposiciones del art. 99, inc. 1°, de la Constitución Nacional; *iv*) el AIRC no contrariaba el objeto del ARC 2006; *v*) el monto de la compensación reconocida a Autopistas del Sol S.A. se encontraba ampliamente justificado en los antecedentes del contrato y en la normas aplicables. En efecto, arguyó que resultaba significativamente menor al que efectivamente le correspondía a la empresa; *vi*) no era cierto que el reconocimiento del importe de la inversión neta en dólares estadounidense sea ilegítimo o contrario a derecho, o que implique una violación del ARC 2006. Manifestó que, por el contrario, la normativa vigente al momento de celebrarse el AIRC no impedía el reconocimiento de deudas en esa moneda extranjera; *vii*) no se tuvo en cuenta que el AIRC y sus términos son resultado de un exhaustivo examen de evaluación de la oportunidad, mérito y conveniencia que efectuó la Administración en su entonces, que se encontraba excluido de control judicial; *viii*) ni el ordenamiento jurídico, ni las disposiciones del ARC 2006 impedían el reconocimiento de una deuda en dólares y la tasa interna de retorno (TIR) prevista en el AIRC; *ix*) no se infringió la prohibición legal de fijar índices de indexación al prever un mecanismo de actualización a cuenta de la Redeterminación Tarifaria Anual, basado en el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER); *x*) tampoco es acertado que la ampliación del plazo contractual resulte contraria a derecho o importe la celebración de un nuevo contrato; *xii*) el régimen tarifario implementado no excede los lineamientos rectores en la materia, no trasgrede los objetivos del contrato y tampoco afecta a los intereses del usuarios, en la medida que fue determinado con la plena participación de los usuarios y que la DNV puede libremente controlarlo, limitarlo y fijar nuevos valores; *xiii*) no debía cumplirse con el procedimiento de control de la Comisión Bicameral de Seguimiento, entre otras razones, porque la ley 25.790 no se encontraba vigente al momento de su celebración; y *xiv*) el AIRC no reconocía exención impositiva alguna a Autopistas de Sol S.A., motivo por el que mal podía afirmarse que infringiera las disposiciones de la ley 22.016; entre otros.

Respecto del ***peligro en la demora***, sostuvo que el análisis efectuado por el Sr. juez de grado sólo se fundó en afirmaciones genéricas y dogmáticas sobre la base de los argumentos de la actora, a los que arbitrariamente les atribuyó mayor prevalencia y veracidad. En este sentido, explicó que no se advertía riesgo alguno sobre los derechos e intereses de los usuarios del servicio vial, el erario y la adecuada prestación del servicio público, principales argumentos que se identificaron en la decisión apelada para tener por demostrado el requisito en cuestión. Con relación al primer punto, reiteró que la DNV podía controlar, limitar y fijar las tarifas, razón por la que no se advertía perjuicio alguno para los usuarios. Asimismo, en segundo lugar,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

insistió en que la deuda reconocida a la concesionaria era sustancialmente menor a la que le correspondía de acuerdo a los antecedentes del contrato, motivo por el que las arcas públicas se veían beneficiadas más que afectadas. Finalmente, alegó que, por el contrario, la concesión de la tutela traía aparejada múltiples efectos perniciosos sobre la prestación del servicio como, por ejemplo, la imposibilidad de invertir en obras de infraestructura y/o tecnología, y garantizar la continuidad de las prestaciones de excelencia que actualmente se brindan.

Por último, alegó que las medidas ordenadas no respondían a los principios de *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad* que resultaban aplicables a la materia. Sobre el particular, precisó que: i) la designación de un interventor (con funciones de veeduría) no se encontraba justificada, en la medida que la auditoría del contrato ya fue realizada, y que la *regularidad y excelencia* de la prestación del servicio era evidente, al punto que no fue cuestionada en momento alguno por la DNV; ii) al designar un interventor, el Sr. juez de grado omitió tener en cuenta que la actividad de Autopistas de Sol S.A. se encontraba sujeta al control constante de la DNV, como autoridad de aplicación de la concesión; iii) no se encontraba individualizados los motivos que darían lugar a la decisión de suspender el mecanismo de composición de las inversiones de Autopistas de Sol S.A., alegando la protección de los usuarios y del erario; iv) que la suspensión de ese mecanismo atentaba contra la calidad del servicio y se advertía incompatible con la finalidad del contrato. Máxime, en un contexto de innegable atraso tarifario y cuando la Administración ya había formalmente reconocido el derecho de la accionada a la readecuación de la ecuación económico-financiera del contrato; v) que la prohibición de distribuir utilidades afectaba el funcionamiento de la firma actora en detrimento del servicio; y vi) que la prohibición de alterar la composición societaria no guardaba relación alguna con lo discutido en autos, ni mucho menos se encontraba justificada.

4º) Que, tras la **formación y elevación del respectivo incidente** a esta Alzada (**56892/22/1/CA1**), el 19/12/2022 y el 27/12/2022, la parte demanda efectuó sendas presentaciones denunciando que, al contestar el traslado del memorial de agravios, la actora había adjuntado nueva prueba documental (informe de la AGN 2022) y formulado alegaciones al respecto, en abierta violación al debido proceso y a su derecho de defensa. Por tal motivo, requirió que se desglosaran tales piezas y se



testaran las aseveraciones en cuestión. En subsidio, solicitó que se le corriese traslado.

5º) Que, el 24/5/2023, el Sr. Fiscal General opinó que correspondía **confirmar** lo decidido por el Sr. juez *a quo* respecto de su **competencia** para entender en la presente causa.

A tales efectos, luego de individualizar los principales argumentos por los que la recurrente entendía que el Poder Judicial de la Nación no debía conocer en estos autos, señaló que la cuestión se circunscribía a dilucidar si debía reconocerse prevalencia a las disposiciones del art. 16 del AIRC —que preveían la jurisdicción arbitral para la solución de las controversias suscitadas en torno al contrato— o, por el contrario, a las del art. 17 de la ley 19.549 —que establece que la acción de lesividad debe ser tramitada y decidida por los tribunales de justicia—.

Con el objeto de dar respuesta tal interrogante, precisó que, conforme el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no existía obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional sometiera a la jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que existiese una *ley* que así lo estableciera en forma *expresa*.

Teniendo en cuenta tal premisa, puntualizó que resultaba necesario verificar si, en el *sub examine*, se había cumplido con tal recaudo, a cuyos fines aclaró que la firma demandada sostenía la validez de la cláusula compromisoria del AIRC sobre la base de las previsiones de las leyes **23.982** de Consolidación de Deudas del Estado Nacional y **13.064** de Obras Públicas.

Respecto de la **primera**, explicó que la autorización establecida en su art. 18 —en cuanto que “*El Poder Ejecutivo nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente, podrán someter a arbitraje...*”— alcanzaba únicamente a los conflictos en los que se discutían deudas consolidadas, supuesto distinto al del *sub examine* —en el que las partes debatían la validez del AIRC—, y que tampoco podía ser reconocida como una habilitación *expresa* para el sometimiento de las desavenencias del contrato de marras a la jurisdicción arbitral. A su vez, indicó que, aun en la hipótesis de considerar a la cláusula compromisoria del AIRC comprendida por ese precepto, no se habían cumplido con las exigencias específicamente establecidas por esa misma norma para la “*celebración de transacciones*” (vgr. homologación judicial), aplicables al caso por tratarse de un supuesto análogo y porque la propia actora le reconocía carácter transaccional al acuerdo en cuestión.

Por otro lado, y con relación a la autorización que se derivaría del art. 55 de la ley **13.064**, afirmó que tal norma no resultaba aplicable en forma directa al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

contrato de concesión en cuestión sino más bien *supletoria*, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 58 de la ley 23.696 de Reforma del Estado —como lo advertía la propia recurrente—, motivo por el que mal podía entenderse que se tratase de una *habilitación legal expresa*. Asimismo, agregó que aquella aplicación supletoria lo era únicamente respecto de determinados aspectos (acto de apertura, continuación de licitación, adjudicación, etc.), pero no para cuestiones de competencia o jurisdicción. Por lo demás, observó que, aun en la hipótesis más favorable, el precepto de la referida norma había sido diseñado “*para atender a supuestos muy distintos al de autos y por medio de un tribunal arbitral específico -el Tribunal Arbitral de Obra Pública- que fue disuelto en el año 2001 por el Decreto delegado N° 1349/2001, norma que, como sostuviera la Corte Suprema, restableció el principio de legalidad y la distribución constitucional de competencias, que conducen a la intervención del fuero contencioso administrativo federal para [t]odas las cuestiones a que den lugar la ejecución e interpretación de contratos de obra pública, consultoría y concesiones, previstas por las Leyes Nros. 13.064, 22.460 y 17.520...’*”.

Aclarado ello, también **descartó** que la cláusula compromisoria del AIRC fuese una **mera aplicación** de lo acordado en su par **23.2 del contrato original suscripto en 1993**. Sobre el particular, después de comparar los términos de cada una, advirtió que el AIRC había modificado sustancialmente las condiciones originales, toda vez que “*lo que antes era una facultad excepcional de los contratantes se constituyó en regla ineludible, en tanto prevé que todas las controversias derivadas del contrato de concesión serán resueltas definitivamente mediante arbitraje, incluso aquellas relativas a su propia competencia o a la existencia, alcance o validez del compromiso arbitral*”.

Por otra parte y para reforzar su postura, expuso que, conforme los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, resultaba imperioso dejar de lado las limitaciones a la revisión judicial previstas en el AIRC y reconocer competencia a la Justicia Federal para entender en el caso, dado que resultaba innegable que se encontraba en juego cuestiones de **orden o interés público**. En este sentido, destacó que, en el caso, se hallaba comprometido un servicio de gran importancia —como es el de los caminos nacionales—, los intereses de los usuarios y consumidores —expresamente resguardados por el art. 42 del Constitución Nacional— y diversas políticas de carácter público.



Por último, concluyó que, por esas mismas razones, tampoco resultaban aplicables al caso los principios de *competencia de competencia* y *autonomía de la cláusula arbitral*, ya que no se trataba de un simple acuerdo entre particulares sino que de un contrato en el que la naturaleza de las cuestiones en discusión tornaba constitucionalmente impropio el desplazamiento de la jurisdicción federal en favor la arbitral.

6º) Que, el 8/6/2023 y en el marco de las actuaciones principales, la **parte actora solicitó una nueva medida cautelar**, también en los términos del art. 16 de la ley 26.854, con el objeto de que se **suspendiesen los efectos del art. 16 del AIRC** y, en consecuencia, se **ordenase a la demandada** que “*se abstenga de continuar impulsando el trámite del procedimiento arbitral caratulado ‘Autopistas del Sol S.A. c. Estado Nacional – República Argentina’, caso CCI N° 27318/AJP, y/o de iniciar, instar o continuar cualquier procedimiento arbitral relacionado con esta controversia*” (el destacado no pertenece al original).

A tales efectos, en somera síntesis, explicó que, pese a conocer sobre el inicio de las presentes actuaciones, la parte accionada promovió, el 25/10/2022, el referido procedimiento ante Tribunal de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con el objeto de obtener el efectivo *cumplimiento* del AIRC y el cobro de la suma en él acordada; y que sin perjuicio de las decisiones adoptadas en estos autos con posterioridad, continuó instando su prosecución. Agregó que, mediante la Orden Procesal n° 2, del 15/5/2023, el mencionado Tribunal Arbitral desestimó la solicitud formulada por el Estado Nacional para que declinara su jurisdicción y dio curso al arbitraje, lo que motivó que se fijara el respectivo calendario procesal y se cursara el requerimiento de fondos para la financiación del procedimiento.

Sobre el particular, alegó que, desde su inicio, el Estado Nacional “*ha desconocido la legitimidad de dicho procedimiento y señalado enfáticamente la falta de jurisdicción de la CCI para decidir sobre esta controversia*”. Ello así, denunció “*el escándalo jurídico que supone la coexistencia del proceso arbitral con el juicio que se desarrolla ante V.S., quien ya ha definido que el caso le compete a la Justicia Federal de la Nación Argentina*”.

Teniendo en cuenta tales consideraciones, expuso que se encontraban debidamente reunidos los requisitos para la concesión de la tutela peticionada. En concreto, afirmó que existía un riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad (art. 16, inc. 1º, de la ley 26.854), en la medida de la inevitable continuación del procedimiento arbitral y de su subsistencia con el presente proceso. En este sentido, no sólo hizo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

referencia a las consecuencias materiales y económicas que implicaría validar la prosecución del referido arbitraje, sino también a las inconsistencias e inseguridad jurídica que derivarían de eventuales pronunciamientos contradictorios sobre una misma problemática.

Por otro lado, sostuvo que se verificaba la verosimilitud del derecho invocado y de la ilegitimidad alegada (art. 16, inc. 2º, de la ley 26.854), atento a la evidente *“falta de jurisdicción de la CCI para decidir sobre esta controversia”*. Sobre el punto, resaltó que el Sr. juez de grado ya se había declarado competente para entender en estos autos y que el Sr. Fiscal General se expidió en sentido favorable al conocimiento por parte de los tribunales de justicia. Asimismo, citó jurisprudencia sobre la base de la que reafirmó su postura.

Por último, se expidió sobre la idoneidad y necesidad de la medida en relación con el objeto de la pretensión principal (art. 16, inc. 2º, de la ley 26.854), haciendo especial hincapié en que resultaba el único modo de impedir el avance del procedimiento arbitral; y se refirió a la innecesariedad de contracautela alguna, en virtud de lo dispuesto en forma expresa por el art. 11 de la citada Ley de Medidas Cautelares.

7º) Que, 4/7/2023, el Sr. juez de grado hizo lugar a esta última tutela peticionada y dispuso la *“suspensión provisoria de los efectos del artículo décimo sexto (‘ARBITRAJE’) del Acuerdo Integral de Renegociación Contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte y ordenar a la parte demandada AUSOL SA que deberá abstenerse de continuar impulsando el procedimiento arbitral identificado como CASO CCI N° 27318/AJP ‘AUTOPISTAS DEL SOL S.A. (Argentina) c/ ESTADO NACIONAL–REPÚBLICA ARGENTINA (Argentina)’ hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos”*.

A tales efectos, después de hacer un breve relato de los hechos vinculados a este aspecto en cuestión y de hacer una especial referencia a los argumentos vertidos por el Sr. Fiscal General, concluyó que *“la índole de los derechos involucrados en esta causa y las manifestaciones y consideraciones vertidas por la parte actora respecto a la continuación del proceso arbitral vinculado a las presentes actuaciones, los elementos aportados a la causa, y la conducta procesal asumida por la propia demandada en el proceso arbitral aún*



luego de notificada la medida cautelar dispuesta en autos” permitan tener por verificados los presupuestos para acceder a la tutela peticionada. En este sentido, destacó que la continuación del referido procedimiento “*produciría los serios y graves perjuicios invocados por la accionante no sólo en el erario público (sic) sino también aquellos que pudieren generarse de la tramitación en paralelo de dos causas con un sustrato fáctico y jurídico común, y cuyo tratamiento compete, como ha sido resuelto, a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal*”. Asimismo, tuvo especialmente en cuenta los argumentos vertidos en la resolución del 9/11/2022, en cuanto a que las disposiciones del art. 16 del AIRC no constituían impedimento alguno para la adopción de la medida, y en la sentencia dictada por la Sala V de esta Cámara en la causa n° CAF 59.107/2022, en la que el referido tribunal sostuvo, ante una discusión análoga, la imposibilidad de someter una acción de lesividad a un procedimiento arbitral.

8º) Que, contra tal decisión, el 11/7/2023, **Autopistas del Sol S.A. interpuso recurso de apelación**, que fue concedido al día siguiente, fundado el 4/8/2023 y contestado el 15/08/2023, lo que motivó la formación de un **nuevo incidente** que fue elevado a esta Alzada (56892/22/2/CA2).

En su memorial reiteró, en gran parte, los argumentos expuestos al fundar el recurso incoado contra la decisión del Sr. juez de grado mediante la que declaró su competencia. En este sentido, destacó *i)* la plena aplicación del principio de “*Competencia de la Competencia*”; *ii)* la claridad de las disposiciones de la cláusula compromisoria del AIRC respecto de que *todas la controversias* que se susciten en torno al contrato debían ser sometidas a ese método alternativo de solución de conflictos; *iii)* la vigencia del principio de la autonomía o separabilidad de la cláusula compromisoria y sus alcances; *iv)* la inexistencia de impedimento alguno para que en un procedimiento arbitral se interpretasen y aplicasen normas de orden público; *v)* la innecesariedad de una base o autorización legal adicional a la que justificó la cláusula del contrato original; *vi)* la inexistencia de obstáculo alguno para someter un acción de lesividad a un Tribunal Arbitral; *vii)* la presunción de legitimidad que gozaba el decreto 607/18 que aprobó el AIRC en todos sus términos; *viii)* la falta de legitimación de la DNV; y *ix)* la actitud asumida por el Estado Nacional en el arbitraje en cuestión; entre otros. Sobre la base de tales consideraciones, sostuvo que no se encontraba acreditada la verosimilitud del derecho invocado.

Por otro lado, afirmó que tampoco se había demostrado el peligro en la demora, en la medida que no se probó —siquiera mínimamente— lo perjuicios concretos que acarrearía la continuación del procedimiento arbitral. Sobre el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

particular, entendió que el Sr. juez de grado tuvo por ciertas las aseveraciones de la parte actora, pese a no contar con respaldo fáctico alguno, y añadió que el mero requerimiento de fondos resultaba insuficiente a tales efectos, que la prosecución del arbitraje no era incompatible con la medida cautelar admitida en autos y que las afirmaciones con relación a posibles pronunciamientos contradictorios eran tan sólo conjeturales.

Finalmente, manifestó que la tutela resultaba innecesaria y desproporcionada con relación al objeto principal, aspecto sobre el que cuestiona que nada se haya señalado. Sobre el punto, resaltó, entre otras aspectos, que la eficacia y ejecución del eventual laudo se encontraba sujeta a revisión judicial, motivo por el que no se advertía que fuese indispensable ordenar la suspensión del procedimiento arbitral a fin de resguardar el objeto del pleito.

9º) Que, detallados los extensos antecedentes del *sub examine*, cabe recordar, liminarmente, que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo en aquéllas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (Fallos: 297:140; 301:970, entre otros), consideración que resulta por demás conducente, en razón de la multiplicidad y disparidad de argumentos expuestos por la recurrente y el limitado ámbito de conocimiento de la presente incidencia cautelar —reservado al examen de esa pretensión y de lo atinente a la competencia del tribunal de grado—.

10) Que, así las cosas, por evidentes razones de orden lógico, deviene necesario tratar, en primer término, el recurso interpuesto por la parte accionada contra la resolución 27/10/2022, por la que el Sr. juez de grado declaró su competencia para entender en estos autos (art. 2º, inc. 1º, de la ley 26.854).

El examen de tal cuestión se circunscribe a dilucidar si el conocimiento de la presente causa corresponde a los tribunales de justicia de este fuero —como lo entendió el *a quo*— o, si por el contrario, al Tribunal de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 16 del AIRC y al proceder adoptado por la parte demandada, que



promovió un procedimiento arbitral ante ese organismo en los términos del referido precepto.

Previo a analizar tal interrogante, es dable precisar que las consideraciones a formular en los párrafos siguientes no pueden configurar un prejuzgamiento sobre el fondo de la controversia —como insinúa la recurrente—, sino tan sólo el control de uno de los presupuestos esenciales —competencia— para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los magistrados (art. 2º de la ley 26.854). Por otro lado, tampoco puede soslayarse que, como derivación lógica del principio de *la autonomía de la cláusula arbitral*—que la accionada invoca en forma expresa—, nada impide dilucidar lo atinente a la interpretación y validez de la mencionada *cláusula compromisoria* sin incurrir en un anticipo sobre la validez del contrato, en razón de su plena *separabilidad* (cfr. Rivera, Julio C. “Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico”. ed. Abeledo Perrot. 2022, Bs. As., p. 179/180; y Caivano, Roque J. “Arbitraje”. Ed. Ad-hoc, Bs. As., 2000, p. 162).

Aclarado ello, cabe adelantar que esta Sala comparte y arriba a la misma solución que propone el Sr. Fiscal General —en cuanto a que corresponde confirmar la decisión apelada—, aunque sobre la base de un razonamiento y fundamentos que no coinciden plenamente con los expuestos por aquél.

En este sentido, cierto es que, de acuerdo al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los diversos precedentes que ha dictado sobre la materia, no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con los particulares siempre y cuando exista una *expresa habilitación por ley* y no versen sobre cuestiones que **afecten el orden público o social, o los poderes públicos del Estado** (Fallos: 133:61; 152:347; 178:293; 235:940, 330:2215; y 341:1485, consid. 10).

Con relación a este último aspecto en particular —que va a resultar determinante para esclarecer la cuestión bajo examen—, el Alto Tribunal tiene dicho que “*la sumisión de una decisión jurídica a la decisión arbitral por convenio de las partes es, sin duda, una expresión de la autonomía de la voluntad y una prueba del respeto que ella impone, pero la libertad para contratar la solución arbitral en caso de diferencias tiene, sin embargo, un límite, y es el de que no pueden serle sometidas las cuestiones que afectan al orden público o social*” y que “*tampoco pueden ser sometidas al fallo de árbitros, con prescindencia de los jueces, las cuestiones que lo afectan como poder público o las atribuciones de la soberanía*”, criterios cuya virtualidad y entidad no se ve alterada por el modo en que resolvió en aquella oportunidad (Fallos: 178:293; el resaltado corresponde a este Tribunal). En efecto, en un caso más reciente en el tiempo, reafirmó —si bien como *obiter dictum*— al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

“orden público” y a “los poderes públicos” como límites de la “aptitud para pactar árbitros” del Estado Nacional (Fallos: 341:1485, consid. 10).

En este mismo orden de ideas, calificada doctrina explicaba que constituye un presupuesto para que las autoridades gubernamentales pudiesen someter sus diferendos con los particulares al arbitraje que aquellos versaren sobre cuestiones de “orden puramente patrimonial y no vinculadas a **derechos irrenunciables o leyes de orden público**” y advertía que la crítica que daba lugar a tal aclaración se fundaba en “que generalmente los que contratan con el Estado quieren someter a decisión arbitral derechos que **son privativos del Estado e irrenunciables**, y, claro está, eso el Estado no puede consentirlo” (Bielsa, Rafael. “Estudios de Derecho Público”. Ed. Depalma, Bs. As., 1950, p. 297 y ss.).

En consonancia con esa opinión, también se ha señalado que, en el ámbito de los contratos administrativos, la facultad de someter las disputas a una eventual jurisdicción arbitral “tiene como necesario límite, según ya quedó expresado, el de que ellas **no afecten al orden público**, ni al orden o sistema constitucional, no impliquen un agravio o rozamiento a la autoridad del Estado, ni a su soberanía” y que, por tal motivo, “la fórmula genérica —que no contiene limitación alguna— utilizada en ciertas leyes y contratos diciendo que ‘todas las cuestiones que puedan surgir entre el Estado y cocontratante’ quedarán libradas a la decisión arbitral, es de **relativa trascendencia y validez**” (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, t. III-A, p. 460/461; y en sentido análogo, Caivano, Roque J. *op. cit.*, p. 133 *in fine*. Énfasis agregado).

Asimismo, y al examinar en forma específica los alcances de los precedentes que el Alto Tribunal ha dictado en la materia, se ha expresado que sus lineamientos “no permitirían sostener que el arbitraje se encuentre prohibido en materia de contratos administrativos (...)” y que los límites “más que fundarse en la naturaleza del contrato o la materia de la controversia -federal o común-; parecen haberse centrado en declarar que las cuestiones que **afectan el orden público** no son susceptibles de comprometerse en árbitros, independientemente del ámbito -público o privado- en el que el Estado actúe” (Tawil, Santiago. “El Estado y el arbitraje: Primera aproximación”, en Revista Argentina del Régimen de la



Administración Pública, ed. RAP, Bs. As., 2007, v. 350, p. 157/200; el resaltado pertenece al Tribunal).

Por otro lado, tampoco puede soslayarse que el artículo 1649 del Código Civil y Comercial de la Nación —vigente desde el 1/8/2015, es decir, al momento de la celebración del AIRC, 2018— vino a establecer que: *“Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que **no se encuentre comprometido el orden público**”* (el destacado no pertenece al original). No obstante que las previsiones del referido precepto normativo y subsiguientes de ese ordenamiento **no resultan aplicables** *“a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local”* (art. 1651, *in fine*), mal puede desconocerse que evidencian la intención del legislador de resguardar de la jurisdicción arbitral —acordada entre particulares— a aquellos conflictos que *comprometen al orden público*, criterio que se advierte aún más, razonablemente, cuando se encuentra en discusión la legitimidad del accionar de las autoridades públicas —como ya se explicó que lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Federal y la doctrina especializada— (cfr. se desprende los dictámenes de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación; v. Anexos de la orden del día n° 892, 20/11/2013). En efecto, al analizar las proyecciones del citado artículo en particular, se ha precisado que *“el Estado no puede comprometer en árbitros cuestiones que hacen al **orden público** o en las que estén en juego los poderes públicos o los atributos de la soberanía. Criterio que se aplica en términos generales también a los particulares, por lo que no es propiamente una cuestión del Estado para comprometer en árbitros, sino que se trata de la **arbitrabilidad de la materia**”* (cfr. Rivera, Julio C. *“El Arbitraje en Argentina a través de la Jurisprudencia”*. 7/11/2018. En Thomson Reuters-La Ley AR/DOC/3232/2018; el destacado corresponde al Tribunal).

Asimismo, cabe señalar que esta pauta también se ha aplicado en otros ordenamientos jurídicos en materia de contratos administrativos. En tal sentido, el Tribunal Supremo de España ha señalado que:

*“la referida previsión del arbitraje en el ámbito contractual, y más específicamente en el ámbito contractual portuario [materia sobre la que versaba aquel caso], debe situarse en sus justos términos, pues de esa regla general que se acaba de apuntar **no resulta en modo alguno una universalización de la técnica arbitral para cualesquiera controversias.***





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/
AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF
56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/
AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”**

Esto es así porque el principio dispositivo (inherente a la transacción y el arbitraje) termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse (...).

Por consiguiente, cuando en un contrato o convenio se introduce una cláusula de sometimiento de controversias a arbitraje, la aceptación de la viabilidad jurídica de esa cláusula no puede entenderse en modo alguno como una remisión incondicionada de cualesquiera controversias al arbitraje, sino como solución mediante arbitraje de las contiendas que versen sobre materias susceptibles del mismo (...) que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición(...).

*(...) Por mucho que se distinga entre contratos administrativos y contratos privados [celebrados por el Estado], o entre bienes demaniales y patrimoniales, siempre existirá, tanto en unas como en otras modalidades, un **fondo de Derecho Público indisponible** (recuérdese sin ir más lejos la clásica teoría de los llamados actos separables), **sobre el que no es posible ni la transacción ni el compromiso o el arbitraje privado**” (TS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ra., sent. n° 2039/17, del 20/12/17, ROJ STS 4617/17; énfasis añadido).*

En consonancia con tales lineamientos y al advertir los desafíos en la materia, la doctrina de ese mismo país ha expresado que *“El derecho público ha contemplado **con muchas cautelas** la posibilidad de resolver los conflictos en que interviene una Administración Pública mediante arbitraje. La razón, como hemos ya explicado, hunde sus raíces en la necesidad de que las cuestiones litigiosas surgidas o que pueden surgir, para que sean susceptibles de arbitraje, deben **ser materias de libre disposición de las partes** (art. 1 LA)... Sin embargo, la globalidad de la actuación administrativa está vinculada al principio de legalidad (art. 9 CE), vinculación que en una interpretación extensa se opondría al concepto de libre disposición”* (cfr. Trayter, Juan Manuel. *“El arbitraje de derecho administrativo”*.



En Revista de Administración Pública, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, v. 143, p. 75 a 106).

A su vez, análogo criterio se ha sostenido respecto del ordenamiento jurídico francés, en el que, con un criterio aún más riguroso, aunque si bien con sus matices, se ha limitado el arbitraje a los contratos *privados* de la administración, dejando de lado la posibilidad de someter a tal jurisdicción a los conflictos derivados de contratos de carácter *público* (Rosa Moreno, Juan. *“El arbitraje Administrativo”*. ed. McGraw-Hill. Madrid. 1998. p. 86; y Parejo Alfonso, Luciano. *“Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid”*. En Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, ed. Asamblea de Madrid, 1999, nº. 1, págs. 11-27). Ambos autores desarrollan con claridad la situación normativa, doctrinaria y jurisprudencial sobre la materia en el referido país, en especial, sobre la base de lo dispuesto en el art. 2060 del Código Civil francés que excluye del arbitraje *“...a los pleitos que interesen a las entidades y organismos públicos, ni, más generalmente, en las materias que sean de orden público ... Sin embargo, determinadas categorías de organismos públicos de carácter industrial y comercial podrán ser autorizados por decreto a hacer compromiso”*.

En resumen, como se aprecia con facilidad de las consideraciones formuladas, más allá de que en la actualidad se advierta ampliamente reconocida la facultad del Estado Nacional de someter sus conflictos con los particulares a la jurisdicción arbitral —por sobre todo en el ámbito de los contratos administrativos—, también resulta inobjetable que el ejercicio de tal atribución se encuentra supeditado al cumplimiento de, al menos, dos recaudos: *i)* existencia de una previa y expresa autorización legal, y *ii)* que **la controversia no verse sobre cuestiones que afecten el orden o poderes públicos, o derechos indisponibles** (*arbitrabilidad* de la materia o *arbitrabilidad* objetiva).

11) Que, en consecuencia, es a luz de los lineamientos expuestos en el considerando anterior que corresponde examinar la validez y alcance de la cláusula compromisoria del AIRC (art. 16, que dispone que *“Todas la controversias entre las PARTES derivadas del CONTRATO DE CONCESIÓN o que guarden relación con éste, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al CONCESIONARIO y de cualquier otro acto o medida que dicte el concedente, la AUTORIDAD DE APLICACIÓN o el ORGANO DE CONTROL, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje...”*) y, en consecuencia, determinar si la presente contienda puede ser sometida a ese mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Como ya se adelantó, una respuesta negativa se impone.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

En efecto, más allá de los argumentos y conclusiones que en su oportunidad desarrolló el Sr. Fiscal General para sostener la inexistencia de una expresa previsión legal que autorizase la suscripción de la cláusula compromisoria en cuestión —aspecto sobre el que esta Sala entiende que no es necesario emitir juicio alguno—, se advierte que la **improcedencia de la jurisdicción arbitral en el caso deriva por sobre todo de la falta de *arbitrabilidad objetiva***, es decir, la imposibilidad de encomendar la presente controversia al conocimiento de un tribunal arbitral, en razón de su objeto.

A fin de justificar tal afirmación, y bajo riesgo de extendernos en el desarrollo de la cuestión bajo examen, es necesario realizar un relato de los antecedentes factico-normativos del caso, toda vez que ello va a permitir identificar debidamente el verdadero *contenido y alcance* del conflicto suscitado en estos autos, y de este modo, apreciar la inviabilidad de que sea dilucidado mediante en un procedimiento arbitral.

Como punto de partida, nótese que al autorizar la entrega en concesión —en los términos de la ley 17.520— de la red de accesos a la ciudad de Buenos Aires en el año 1992, el Poder Ejecutivo expuso, como fundamento, que “*en el marco del proceso de transformación de la economía, que lleva adelante el Gobierno Nacional, la optimización de las redes de comunicación vial, y en particular, las que acceden a las grandes ciudades, [la referida medida] adquiere singular trascendencia, atento su directo reflejo sobre la actividad productiva y el bienestar de la población*” (v. decreto 2637/92, considerandos; el destacado no pertenece al original). En sintonía con ese propósito, se previeron los parámetros generales para la implementación de los peajes, **determinación de las tarifas y resguardo de los intereses de los usuarios** (arts. 8°, 9° y 10 del referido decreto).

Una vez realizado el llamado a Concurso Público Nacional e Internacional por resolución 1485/92 del Ministerio de Economía, se aprobó el Reglamento Administrativo Regulatorio de las Prestaciones, la Fiscalización y Control, y la Protección al Usuario y a los Bienes del Estado de las Concesiones de Obra Pública de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, que en términos generales tuvo como meta asegurar el adecuado cumplimiento de los contratos y de la prestación de los respectivos servicios, **garantizando la efectiva protección de los intereses de los usuarios** (cfr. decreto 1994/92).



Así las cosas, el 27/9/1993, se suscribió el contrato original por medio del que se otorgó en concesión de obra pública gratuita, por peaje, el “*Acceso Norte*” —debidamente individualizado en el anexo A de la resol. 1485/92— a la entonces adjudicataria (grupo empresarial integrado por diversas firmas, que constituiría la firma Autopistas del Sol S.A. como concesionaria, de acuerdo a lo convenido). En sus disposiciones, entre otros aspectos, se precisó el objeto del vínculo —celebración de obras, mantenimiento, reparación y conservación, y administración y explotación—, las particularidades del régimen de peajes, los lineamientos para la determinación de las tarifas —con la debida *intervención de los usuarios*— y las obligaciones específicas que le asistían a la concesionaria en razón de que, por tratarse de “*un servicio público*”, debía asegurarse “*la continua operatividad del Acceso...*” (cláusulas 7º, 8º, 9º y 10).

Con el devenir de los años se celebraron diversos acuerdos modificatorios de ese primer contrato, con el fin de atender a las diversas *problemáticas y necesidades públicas* que se fueron presentado (no sólo por los reclamos de los *usuarios*, sino también de las *municipalidades* cuyos territorios se veían atravesados por el acceso) como consecuencia de la “*significativa mejora en los niveles de circulación y desplazamiento de los usuarios*” que ocasionó “*cambios en los hábitos de vida en las localidades que se encuentran a la vera o en proximidad del trazado de dicha vinculación vial nacional*” (resol. 810/96, 886/98 y 1366/97 del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicas, resol. 185/00 del Ministerio de Infraestructura y decreto 1221/00).

Con posterioridad, la ley 25.561 —que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, a partir del 6/1/2002; y que constituye uno de los fundamentos normativos sobre la base de los que se celebró el AIRC, de acuerdo a como se desprende de su art. 2º y de los propias afirmaciones de la recurrente— autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos de obras y servicios públicos teniendo especialmente en cuenta “*1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas*” (art. 9º; el resalto corresponde al tribunal). Asimismo, atendiendo a su carácter esencial, dispuso que “*en ningún caso [las medidas adoptadas] autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones*” (art. 10).

Con el propósito de especificar el objeto de ese mandato, el decreto 293/2002 dispuso que el proceso de renegociación en cuestión alcanzaba, entre otros,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

a los contratos de *“concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la ciudad de Buenos Aires”* (art. 1°) y previó, una vez más, la exigencia de *“arbitrar los recaudos necesarios para evitar que una inadecuada implementación del proceso de renegociación de los contratos, derive en importantes perjuicios para el Estado Nacional, o que puedan verse afectadas las prestaciones de los servicios públicos que constituyen el objeto principal de su actividad”*. Siguiendo tales lineamientos, por decreto 311/2003, se creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), como organismo encargado de continuar con tal labor (art. 4°), oportunidad en la que se destacó, nuevamente, la importancia de implementar mecanismos de participación de los *usuarios y consumidores*.

Como resultado de tales gestiones, realizada la audiencia pública pertinente y suscripta la respectiva carta de entendimiento, el 16/12/2005, se firmó entre las partes, *ad referéndum*, el primer Acuerdo de Renegociación Contractual (ARC 2006), que fue aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto 296/06. En ese último instrumento se destacó la importancia de la participación activa —por audiencia pública, en el caso— de los *“usuarios y consumidores”* y diversos *“sectores y actores sociales involucrados”*, y del **deber del Estado Nacional de “velar por el mantenimiento de las condiciones de accesibilidad, seguridad y calidad de los servicios públicos”, y “preservar la continuidad y calidad del servicio prestado”**.

Por último, tras diversas vicisitudes que acaecieron en los años venideros (vencimiento de los plazos para llevar a cabo la instancia de revisión para la recomposición de la ecuación económico-financiera del contrato —que permitiría finalizar en forma definitiva el proceso de renegociación en cuestión, conforme lo dispuesto en la cláusula séptima del ARC 2006—; la presentación de diversos reclamos en sede administrativa por parte de la concesionaria; el inicio de un proceso de arbitraje ante el CIADI por parte de uno de sus accionistas —Abertis Infraestructuras S.A.—; y el dictado del decreto 367/16 —que derogó las normas que crearon a la UNIREN y encomendó la continuación de esa tarea al Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas—), el 26/6/2018 se celebró el Acuerdo Integral de Renegociación Contractual (AIRC), que fue aprobado por el decreto 607/18 y que es objeto de la acción de lesividad promovida en la presente causa.



Nótese que, a tales efectos, se dejó expresamente sentado la necesidad de garantizar **“la normal prestación del servicio, de modo de preservar y asegurar los derechos de los usuarios”** y que las nuevas condiciones del vínculo convencional fueron pactadas de acuerdo a los términos establecidos en el art. 9° de la ley 25.561 (cfr. considerandos y art. 2.1 del AIRC, y considerandos del decreto 607/18). Asimismo, también cabe destacar que se estableció el cuadro tarifario pertinente, su forma de redeterminación, las eventuales consecuencias por su incumplimiento, el nuevo Plan Económico Financiero y la incidencia sobre este último del valor de las tarifas y del esquema de obras pactadas.

En resumidas cuentas, del relato efectuado precedentemente se desprende que, en el caso, se discute la validez del acuerdo de renegociación de un contrato de concesión de obra pública celebrado en los términos de la ley 17.520, que no sólo tuvo —y tiene— por objeto **la construcción de diversas obras indispensables para el adecuado funcionamiento del “Acceso Norte” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino también la prestación de un servicio esencial de mantenimiento, explotación y administración del mencionado corredor vial, que resultan imprescindibles y de suma trascendencia para el interés público**, por cuanto inciden en forma sustancial en *“la actividad productiva y el bienestar de la población”* (decreto 2637/92; art. 75, incs. 13, 14 y 18 de la CN; y Fallos: 283:251; 302:1352; 314:595; 321: 658 y 327:2764, y causa A. 4. XLIX. ORI, sent. del 19/03/2019, consid. 5°; y en sentido análogo; y Bidart Campos, Germán J. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, ed. Ediar, Bs. As., 2001, t. I-B, p. 198 *infine*/199).

En efecto, a lo largo de los años, en los diversos instrumentos que fueron perfeccionando el vínculo contractual se destacó en forma expresa la relevancia de tal cometido, **la consecuente necesidad de garantizar la continuidad y regularidad del servicio** —dada su imprescindibilidad—, y la importancia de **resguardar los derechos e intereses de los usuarios y consumidores**.

En ese contexto, se aprecia con meridiana claridad que el conflicto a dilucidar en estos autos —con la amplitud en el que se encuentra planteado— involucra la discusión de diversos asuntos que hacen a la **prestación de un servicio esencial y de significativa relevancia para el bien común, y que ponen en juego el ejercicio de los poderes estatales en torno a cuestiones de orden público, como las derivadas del art. 42 de nuestra Ley Fundamental**, que impone a las autoridades gubernamentales el deber de velar por los derechos de los usuarios y consumidores de esa clase de servicios. En particular, en tanto el conflicto importa dilucidar, por ejemplo, la validez del cuadro tarifario y del mecanismo para su redeterminación, del régimen de reprogramación de obras o compensaciones previsto





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

para los supuestos en que se torna imposible la “*plena aplicación*” de la tarifas como consecuencia de “*medidas públicas*”, y del plan económico financiero en general, en la medida que se encuentra sujeto al valor de las referidas tarifas y al esquema de obras comprometidas para garantizar la calidad del servicio, entre otros aspectos.

Por consiguiente, la presente contienda **no puede circunscribirse a una mera disputa contractual sobre pretensiones de carácter patrimonial disponibles** por las partes. Por el contrario, nótese que una eventual decisión no sólo versará sobre los reclamos de carácter contractual formulados entre las partes, sino también sobre la legitimidad o no del modo en que la Administración ejerció—y va a continuar ejerciendo— los “*poderes*” que le asisten como consecuencia de la vigencia del referido precepto constitucional, sobre los que no puede disponer, incidiendo **en forma directa sobre la prestación del servicio y el efectivo goce de los derechos de los usuarios.**

Por tales motivos, **no resulta viable convalidar que la Administración encomiende a árbitros particulares la resolución definitiva de la controversia suscitada en autos, sobre la base de una interpretación incondicionada de las disposiciones del art. 16 del AIRC.** En efecto, recuérdese la regla general más elemental que enseña que “*la cláusula compromisoria deberá recaer sobre cuestiones litigiosas en las cuales no existan más intereses en juego que los de las propias partes*” (Caivano, Roque J. *op. cit.*, p. 132).

En este sentido, uno de los destacados autores ya citados explicaba con claridad que “*Se puede deferir a árbitros la fijación de una indemnización, o la determinación de una prestación en consideración especial a su índole técnica o por ser su apreciación de pura equidad, pero no una medida de policía, ni una tarifa de servicios públicos, y menos aún de servicios prestados en forma de monopolio. Porque no teniendo el usuario o consumidor libertad de contratar, es el Estado (Nación, Provincia o comuna) quien debe regular la tarifa como si él prestara el servicio*” (Bielsa, Rafael. “Estudios de Derecho Público”, *op. cit.*, p. 301), consideración que se aprecia por demás aplicable al caso dada la finalidad y características del servicio involucrado.

En igual orden de ideas y al identificar las notas distintivas de contratos como el que es objeto de estos autos, se ha expuesto que “*no es plausible describir y entender este vínculo desde el lado exclusivamente contractual, pues —*



tal como explicamos en el marco del contrato de concesión de los servicios públicos—, el acuerdo repercute fuertemente sobre terceros. Por tanto, ciertas cláusulas de los convenios —en especial, las relativas a las tarifas— son claramente reglamentarias” (Balbín, Carlos F. “Tratado de Derecho Administrativo”. ed. La Ley, Bs. As., 2015, t. v., p. 704).

Nótese, a su vez, que tales opiniones coinciden con los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque en supuestos en los que se discutía la determinación de tarifas de servicios públicos formalmente declarados, respecto de que el poder administrador tiene la exclusividad del ejercicio de esa potestad, en virtud de que la mencionada atribución tiene en miras consideraciones de *interés público* (Fallos: 322:3008; 339:1077, entre otros).

A esta altura, y habiendo arribado a la conclusión expuesta precedentemente, es importante aclarar que el criterio adoptado no importa reconocer prevalencia a los argumentos ni hipótesis esbozadas por la parte actora sobre el fondo, sino tan sólo advertir que, teniendo en cuenta el objeto y alcance de la problemática discutida en autos, ella no puede ser sometida a arbitraje, indistintamente de cual sea la solución final que se adopte —sobre la que nada puede afirmarse en forma concluyente en esta oportunidad—.

A su vez, a fin de reafirmar la solución propuesta y de atender a los agravios de la recurrente, tampoco puede soslayarse que, por sus características específicas, el presente caso dista de los precedentes decididos por las diversas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a los que aquella hace referencia (Sala F, causa n° 29247/18 “Schuth, Paula Anabella c/ Fideicomiso Llerena Studio Aparts s/ordinario”, resol. del 26/3/2019; y Sala D, causa n° 85399/2014 “Francisco Ctibor SACIF c/ WallMart Argentina SRL. s/ ordinario”, sent. del. 20/12/2016), toda vez que en esos supuestos, más allá de que se discutiera la interpretación de normas de orden público, únicamente se debatían pretensiones exclusivamente patrimoniales y disponibles por las partes, derivadas de una relación sustancial de carácter eminentemente privada (en igual sentido, Sala A, 20328/2007/1/CA2 “Puentes del Litoral S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión de crédito (por Boskialis International B.V. y B.N.B B.V. y otro)”, resol. del 5/5/15; entre otros).

Por último, como consecuencia lógica de lo expuesto y de conformidad con lo indicado por el *a quo* en el pronunciamiento del 9/11/2022, tampoco puede reputarse aplicable al caso el principio de *competencia de la competencia* usual en materia de arbitraje (v. art. 16.2 del AIRC), toda vez que si se considera que el objeto del pleito no resulta arbitrable —como se explicó con anterioridad— tampoco puede pretenderse que la definición sobre cuál debe ser el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

tribunal al que le corresponde conocer en la causa sea adoptada, en primer lugar, en una eventual instancia arbitral. Ello, sin pasar por alto, a su vez, que la aplicación directa de tal principio —sin modulación alguna—, al ámbito de las controversias en las que es parte el Estado Nacional no se advierte pertinente, teniendo en cuenta la entidad y naturaleza de los intereses que pueden verse involucrados.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta que el sometimiento a la jurisdicción arbitral es de **interpretación restrictiva** —en razón de que su competencia es excepcional por tratarse de una alteración del reparto de atribuciones establecido en el art. 116 de la Constitución Nacional (Fallos: 330:2215, entre otros)— y que no se verifican los recaudos que justifican su especial admisión —atento a la falta de arbitrabilidad objetiva—, cabe concluir que la presente causa no **puede verse alcanzada por las previsiones del art. 16 del AIRC, motivo por el que corresponde desestimar el recurso intentado y confirmar** la decisión del 27/10/2022.

12) Que, asimismo, los argumentos vertidos en el considerando anterior y la decisión adoptada en consecuencia alcanzan para **rechazar el recurso interpuesto por la demandada contra la resolución del 4/7/2023**, que dispuso suspender los efectos de las previsiones del art. 16 del AIRC y ordenar a Autopistas del Sol S.A. abstenerse de instar la prosecución del procedimiento arbitral iniciado ante el Tribunal de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

En efecto, en tanto este Tribunal confirmó la improcedencia de someter la presente controversia a un procedimiento arbitral, en la medida que no puede verse alcanzada por las disposiciones del cláusula compromisoria del AIRC, resulta evidente la pertinencia de la tutela ordenada. Ello, toda vez que la verificación de la verosimilitud del derecho invocado, de la idoneidad de la medida y del riesgo serio e inminente de sufrir perjuicios en sus derechos (art. 16 de la ley 26.854) se aprecian como derivaciones lógicas —e ineludibles— de tal decisión. En este sentido, sólo cabe añadir que la existencia de recursos para cuestionar un eventual laudo no desacreditan tal solución, toda vez que la mera convalidación de la prosecución del procedimiento arbitral se advierte manifiestamente contraria a la



solución adoptada por esta Sala, como consecuencia de la inseguridad jurídica que tal circunstancia trae aparejada.

13) Que, aclaradas tales cuestiones, corresponde tratar, a continuación, **la apelación intentada por la demandada contra el pronunciamiento del 9/11/2022, que concedió la primera medida cautelar en favor de la Dirección Nacional de Vialidad**, cuyos términos fueron consentidos por la actora.

A tales efectos, cabe reiterar —como lo advirtió el Sr. juez de grado— que el art. 16 de la ley 26.854 establece como requisitos para la otorgamiento de una medida precautoria requerida por el Estado Nacional y sus entes descentralizados que se verifique: 1°) riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2°) verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; y 3°) idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

14) Que, por cuestiones de orden metodológico, corresponde analizar, antes que nada, los agravios relativos a la *idoneidad y necesidad de la medida en relación con el objeto de la pretensión principal* (art. 16, inc. 3°, de la ley 26.854), toda vez que una eventual confirmación de los alcances específicos con los que fue otorgada la tutela va a incidir en forma directa en el control del cumplimiento de los demás recaudos, como más adelante se explicará.

A tales efectos, es dable recordar que el magistrado desestimó acceder a la medida precautoria en los términos peticionados por la parte actora y dispuso una con alcances distintos, en uso de las facultades previstas en el art. 3° de la ley 26.854, que en forma expresa establece que el juez o tribunal interviniente “*para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intentare proteger y el perjuicio que se procura evitar*” (el destacado no pertenece al original).

Para así decidir, entendió que no se encontraban dadas las condiciones para ordenar la suspensión de los efectos del AIRC y de su decreto aprobatorio 607/18 pero que, en virtud de la relevancia de los *intereses en juego* —tanto para el Estado Nacional, como para los usuarios y consumidores; como se explicó precedentemente— resultaba conveniente la adopción de una medida preventiva para asegurar su resguardo. Bajo tales premisas, resolvió, en primer lugar, designar “*como Interventor Veedor y Fiscalizador en la empresa AUSOL SA al Sr. Contador J.L.P. (DNI xx.xxx.xxx) con domicilio en la Av. Rivadavia N° 4500, Piso 5° (CP 1205) , de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el fin de ejercer la supervisión,*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

inspección y auditoría de la renegociación del Contrato de Concesión aludido, teniendo a su cargo la fiscalización y control de todos los actos de administración habitual que puedan afectar la normal prestación del servicio público que resulta objeto de la concesión; quien se deberá presentar -dentro del tercer día de notificado la presente- a asumir el cargo, debiendo cumplir con la tarea encomendada precedentemente”.

Ahora bien, a fin de atender a los agravios expuestos por la recurrente sobre ese punto en particular, adviértase que los controles realizados por los diversos organismos intervinientes previo a la suscripción del AIRC y los que eventualmente pueda efectuar la DNV en su carácter de autoridad de aplicación no obstan a la idoneidad y razonabilidad de la medida. En efecto, la intervención dispuesta garantiza supervisión inmediata y continua de la actividad desplegada por la empresa en lo que hace la prestación del servicio y al cumplimiento del contrato —que resultan de gran relevancia para el interés público y el de los usuarios en puntual—, al mismo tiempo que permite al juzgado tener un nexo directo para poder contar con la información necesaria —sin depender de la diligencia de las partes— para adoptar las decisiones que resulten más convenientes con miras a resguardar los bienes jurídicos involucrados durante el desarrollo del proceso (en sentido análogo, v. Perrota, Salvador R. “Intervención Judicial en la Sociedades Comerciales”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1965, p. 22; en donde se destaca su idoneidad para el *resguardo de bienes y derechos* mediante una *atención continuada* ante la imposibilidad de que el *oficial de justicia pueda desempeñar eficazmente su cometido*). Tal exégesis se ve reforzada si se tiene en cuenta que la firma demandada no ha individualizado ningún gravamen en concreto y cierto derivado de la implementación de esa intervención (vgr. afectación a su funcionamiento).

Por lo demás, tampoco resulta una objeción a la idoneidad y necesidad de esta medida las afirmaciones vertidas por la recurrente respecto de la falta de observaciones a la calidad de la prestación del servicio, toda vez que, más allá de que tales aseveraciones no pueden ser corroboradas con certeza en esta etapa del proceso, la intervención en cuestión sólo tiende a garantizar un control preventivo —y con mayor inmediación— de la regularidad y calidad del servicio, y el resguardo de los derechos de los usuarios y consumidores, ante los posibles escenarios desfavorables que puedan suscitarse como consecuencia de la vigencia del AIRC. Por el contrario,



una vez más, no se aprecia —y tampoco se explicó— cómo tal medida podría afectar a la mentada gestión de calidad del servicio.

15) Que, un análisis aparte merece la decisión de suspender “*el mecanismo de compensación destinado a la recuperación de la suma de USD 499.000.000 en la forma allí dispuesta (cfr. decreto 607/2018, artículo quinto y siguientes)*”.

Sobre el particular, nótese que, ante las posiciones opuestas asumidas por las partes y la imposibilidad de reconocer prevalencia a alguna de ellas (en razón de la complejidad de la cuestión y el acotado margen de conocimiento), se advierte por *demás idónea y necesaria* la medida dispuesta, en virtud de la vinculación directa de ese mecanismo con la redeterminación de las tarifas y la prestación del servicio, lo que impone una mayor cautela en razón de los intereses de gran trascendencia que se encuentran comprometidos en el caso (v. art. 5.3 y anexo XII del AIRC), cuyo resguardo resulta objeto principal de este proceso. Máxime, cuando la mentada tutela sólo importa la suspensión de sus términos, mas no la imposibilidad de implementar algún otro régimen alternativo y provisorio que permita garantizar los ingresos necesarios para la prestación del servicio (como alega la recurrente), labor que deberá ser llevada a cabo por el órgano de aplicación, mediante el respeto de los lineamientos normativos generales y particulares que rigen el vínculo contractual y a partir del valor de las tarifas; y cuya diferencia en resultados definitivos con el previsto en el AIRC eventualmente podrá ser compensada con posterioridad ante una sentencia desestimatoria.

16) Que, por otro lado, teniendo en cuenta la entidad de la intervención dispuesta y el control judicial consecuente, resulta razonable aclarar los alcances de la “*La prohibición preventiva de la distribución de dividendos y de alterar, mediante cualquier figura jurídica, la composición del capital social y de las posiciones accionarias de la empresa AUSOL SA*” y precisar que importa, esencialmente, la exigencia de una previa autorización judicial para llevar a cabo tales medidas, sin perjuicio del control que le corresponde a los organismos administrativos correspondientes (vgr. CNV).

En efecto, una prohibición taxativa importaría presuponer que tales decisiones conllevan efectos negativos para el adecuado cumplimiento del contrato y el resguardo de los intereses en juego, lo que no puede afirmarse con certeza y de forma general en este estado liminar —y de reducido ámbito de conocimiento— del proceso. En estos términos, la *idoneidad* de la medida no se ve desacreditada y su





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

necesidad se advierte razonable ante la complejidad del escenario fáctico que hace al caso.

17) Que, a continuación y en atención al orden de fundamentos expuestos por el Sr. juez de grado, procede tratar lo atinente a la efectiva verificación de un *riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad*.

Sobre el particular, no puede soslayarse —como ya se explicó en reiteradas ocasiones— que en el caso se encuentra en discusión un asunto de gran relevancia para el interés público. En efecto, no sólo se debaten cuestiones que pueden afectar la regularidad y continuidad de la prestación de un servicio esencial y de suma relevancia para el bien común, y a los derechos de los usuarios y consumidores involucrados, sino también al patrimonio estatal, por encontrarse comprometida la preservación de bienes de dominio público y el reconocimiento de una deuda de un importe cuya significancia para el erario es evidente (US\$ 499.000.000). Al respecto, la importancia de considerar adecuadamente el interés público comprometido a efectos de examinar la viabilidad de dictar una medida precautoria en las causas en las que es parte el Estado Nacional dista de ser una novedad y constituye una exigencia que ha sido reconocida por la jurisprudencia y la doctrina especializada en la materia desde larga data, y receptada en forma expresa en ley 26.854 (cfr. Fallos: 307:2267; 320:2697; 327:2330 y 5111, y 328:3638; esta Sala en causas n° 36.998/10 “Raies, Jorge Mario c/ E. N . SENASA (acta 12-X-10) s/ medida cautelar (autónoma)”, resol. del 5/07/11, y 24.933/2011 “CEABI -Distrito Sanitario II- c/ EN -AFIP DGI Resol 18/11- s/ medida cautelar (autónoma)”, resol. del 9/02/12, entre otros; y Cassagne, Juan Carlos. “*Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*”, en La Ley, 2009-E, p. 921; Comadira, Julio R. “*Las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo (con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto)*”, en La Ley, 1994-C, p. 699; y Sagués, Néstor P. “*El papel del interés público en la ley 26.854 sobre medidas cautelares*” en Revista Jurisprudencia Argentina, 2013, v. III, p. 1249/1252, entre otros).

Teniendo en cuenta tales consideraciones, el control del requisito en cuestión exige ponderar los efectos sobre tales intereses en juego que podría



ocasionar un eventual rechazo de la tutela en el caso de una posterior sentencia estimatoria, con los que se provocarían sobre la accionada en el caso de concederla y luego desestimar la acción intentada (cfr. esta Sala, arg. causa n° 63650/2017/1/CA1, Inc. de medida cautelar en autos “Correa, Jorge Rubén c/ Teatro Nacional Cervantes s/ empleo público”, sent. del 11/10/2018, entre muchos otros). El resultado de tal examen arroja un evidente saldo a favor del otorgamiento de la medida, particularmente, en razón del alcance con la que fue admitida, máxime cuando ella fue consentida por la parte actora.

En este sentido, con relación a la intervención con carácter de veeduría y fiscalización dispuesta no se advierte un riesgo cierto a los intereses de la firma demandada, en la medida que no se aprecia —ni mucho menos fue explicitado— cómo el mecanismo de control judicial dispuesto por el *a quo* puede incidir en su normal funcionamiento o en el debido cumplimiento de las obligaciones contractuales; y por el contrario, su denegatoria importaría mantener el estado actual de las cosas, descartando la adopción del ya referido control preventivo como medio para atender a eventuales contingencias derivadas de la vigencia del AIRC, solución que se advierte imprudente en virtud de la importancia de los intereses en juego.

Por otro lado, a una conclusión análoga cabe arribar respecto de la prohibición de distribuir dividendos y alterar la composición del capital social y las posiciones accionarias, en tanto que la aclaración formulada en el considerando 16 evidencia el carácter meramente preventivo de la medida —tendiente a resguardar el capital de la firma prestadora de un servicio esencial—, sobre la base de la especial cautela con la que corresponde proceder en razón de la relevancia de las cuestiones debatidas. Tal circunstancia reafirma el criterio respecto de que la concesión de la tutela resulta menos gravosa que su rechazo.

A su vez, también es dable adoptar ese mismo razonamiento en lo que respecta a la suspensión del mecanismo de compensación previsto en el AIRC. En efecto, como se dijo, ante las posiciones asumidas por las partes y la imposibilidad de otorgar prevalencia a alguna de ellas, se advierte con más prudencia la confirmación de la tutela dispuesta en virtud de la incidencia directa que aquel régimen tiene sobre la determinación de las tarifas y la prestación del servicio, pudiendo reconocerse una posterior compensación en caso de un eventual pronunciamiento desestimatorio. Por el contrario, la sujeción incondicionada a los términos establecidos en el AIRC conllevaría, en el caso de verificarse la veracidad del escenario denunciado por la actora y admitirse su pretensión de fondo, a perjuicios de muy difícil reparación tanto para los intereses del Estado Nacional como para los usuarios y consumidores, cuyo resguardo corresponde priorizar por mandato constitucional. En este sentido, no puede omitirse, como dato objetivo, que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

la vigencia del AIRC importa el reconocimiento de un suma cuyo monto resulta de gran entidad (US\$490.000.000) y la implementación de un mecanismo para su repago, que se encuentra específicamente vinculado al valor de las tarifas, su redeterminación y al plan de obras a llevar a cabo, entre otros aspectos (arts. 4.6, 4.9, 5.3 y anexo XII del AIRC).

Por otro lado y con el fin reforzar la exégesis formulada en cuanto a la existencia de peligro en la demora, si bien es cierto que lo pactado en el AIRC no obsta al control de las tarifas que pueda llevar a cabo la autoridad de aplicación, no lo es menos que el ejercicio de tal atribución se encuentra *supeditado* a los términos y condiciones acordadas en particular, y al Plan Económico Financiero fijado en general, motivo por el que mal puede sostener la recurrente que su vigencia no conlleve la existencia de un riesgo cierto de afectación al interés público —y a los derechos de los usuarios y consumidores—.

Asimismo, si bien se entiende acertado que, en el acotado ámbito de conocimiento de esta incidencia cautelar, no es posible formular conclusión alguna sobre la calidad del servicio brindado por la accionada y su actual incidencia en los derechos de los usuarios y consumidores, no lo es menos que la trascendencia de los intereses comprometidos —como ya se mencionó en diversas oportunidades— impone la adopción de una solución de carácter preventivo que permita el control de su prestación frente a los escenarios que puedan resultar más gravosos para los bienes jurídicos tutelados.

Por último, aclárese, una vez más, que lo expuesto no importa dar por cierto ninguno de los argumentos o posiciones asumidas por las partes, sino tan sólo asumir una postura de mayor prudencia ante una controversia de gran trascendencia para el interés público.

18) Que, por otro lado, cabe tratar los agravios expuestos por la demandada con relación a la falta de acreditación *de la verosimilitud del derecho invocado y de la ilegitimidad* denunciada.

A tales efectos, cabe recordar que la verificación de tal recaudo *no importa* llevar a cabo un *examen de certeza* sobre la existencia del derecho pretendido, sino *sólo de su probabilidad*, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que



atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (*Fallos*: 338:802 y 868; 340:757 y 342:1417).

Asimismo, los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del peligro en la demora y viceversa (cfr. esta Sala, in re “Brugo, Pablo c/ EN – PJN – Exma Cámara Nacional en lo Penal Económico y otros/ medida cautelar (autónoma)”, resol. del 23/12/14, entre muchos otros), razonamiento que se extiende a los demás recaudos y que, en el caso, **exige tener especialmente en cuenta las conclusiones expuestas en los considerandos anteriores, en particular lo referente al interés público comprometido en el caso.**

En esos términos, en razón de los agravios formulados por la recurrente y sin perjuicio de que el Sr. juez de grado no ahondó en detalles en este aspecto en particular, el Tribunal entiende que existen méritos suficientes —de acuerdo a las constancias de la causa— como para tener por acreditado el cumplimiento del requisito en cuestión.

En este sentido, es dable advertir, liminarmente, que la falta de legitimación activa de la DNV no se aprecia como manifiesta, motivo que alcanza para desestimar el tratamiento de la referida defensa en esta oportunidad y diferirla para el momento de dictar sentencia (arts. 347, inc. 3º, CPCCN). En efecto, sin perjuicio de los argumentos expuestos por la recurrente, lo cierto es que, por decreto 633/2022, el Poder Ejecutivo Nacional —en su carácter de responsable político de la administración general del país; art. 99, inc. 1º, de la Constitución Nacional— declaró la lesividad del AIRC y de su decreto aprobatorio 607/18, e instruyó al mencionado ente —creado por el decreto-ley 505/58, actuante en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas y en su condición de autoridad de aplicación y control del contrato de concesión en cuestión; art. 7º del decreto 1020/09 y decreto 50/19— a que promoviese la presente demanda. Ello así, tales circunstancias resultan suficientes para rechazar el carácter manifiesto de la excepción en cuestión y tener por demostrada la aptitud del organismo para petitionar la medida precautoria en cuestión, al menos con un grado de apariencia considerable, como corresponde exigir en esta ocasión.

Aclarada tal cuestión preliminar, cabe adentrarse a ponderar los argumentos expuestos por la DNV respecto de la invalidez del AIRC y del decreto 607/18 —con las limitaciones propias de un proceso cautelar y sin pretender determinar con certeza su procedencia—, dado que tal labor va a permitir apreciar la efectiva verosimilitud de la ilegitimidad denunciada. A tales fines, adviértase que el organismo demandante alega que el mencionado acuerdo adolece diversos vicios en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

sus elementos constitutivos, más específicamente, en su competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad

Así las cosas, aun cuando no es posible observar la apariencia de buen derecho en lo que hace a la totalidad de las irregularidades mencionadas — principalmente porque en algunos supuestos se requiere un ámbito de mayor debate y prueba que no resulta propio de procesos como el presente; como lo indicó el Sr. juez de grado—, lo cierto es que sí se verifica tal condición respecto de determinados aspectos sustanciales del AIRC.

En primer lugar, nótese que para justificar el monto de la deuda reconocida en concepto de *inversión neta* (US\$499.000.000; sobre la base de la que se estructuró el nuevo Plan Económico Financiero), de los considerando del AIRC y de los argumentos expuestos por la recurrente (v. caps.VI.B.11(ii) del Memorial; p. 177 en adelante), se desprende que se tuvieron en cuenta tres antecedentes en particular: *i*) el [informe UNIREN 2004](#) (v. link de acceso, cuerpos XX y XXI, fs. 3195/3271), del que se desprende que el OCCOVI —entonces autoridad de control, sucedida por la DNV— habría reconocido la existencia de inversiones por parte de la concesionaria de US\$ 788.150.000, que a valores del 2016 rondarían los US\$ 927.000.000; *ii*) el registro de inversiones oportunamente presentado antes el mencionado organismo en el que se asentaron erogaciones no amortizadas por US\$ 995.000.000; y *iii*) el monto del reclamo iniciado ante el CIADI por Abertis Infraestructuras S.A., accionista de Autopistas del Sol S.A., contra el Estado Nacional por incumplimientos derivados del contrato en cuestión, por la suma US\$1.135.000.000. Sobre la base de tales elementos, se sostiene que la demandada habría acordado en favor del Estado Nacional una considerable quita para arribar al monto final de US\$499.000.000.

No obstante, puede advertirse, al menos *prima facie* y en este estado preliminar del proceso, que tales consideraciones resultan insuficientes a fin de explicar el *quantum* de la deuda, que es cuestionado por la parte actora. En este sentido, puede observarse fácilmente que en el informe UNIREN 2004 el monto de \$788.150.000 fue reflejado en *pesos* y que, sin embargo y *sin tener en cuenta* la pesificación de deudas establecida por la ley 25.561, tanto en el memorial como en el AIRC se señaló que esa suma debía ser computada en *dólares estadounidenses*, por tratarse de inversiones realizadas durante la vigencia de la ley 23.982 de



Convertibilidad, y que actualizada a diciembre de 2016 arrojaría un saldo de US\$927.000.000. En efecto, en el mencionado informe se **asentó en forma expresa**, con referencia al saldo de inversiones registrado al 31/12/2001, que **sería convertido** “a pesos en un relación de 1 (un) peso = 1(un) dólar y a ese valor se le aplicará el cociente entre el coeficiente del Índice de Costos de Inversiones el año 2004 y el del año 2001” (v. link acceso cit. ant., cuerpo XX, fs. 3238).

A su vez, la propia demandada reconoce que el monto de US\$995.000.000 individualizado en el registro de inversiones no fue oportuna y expresamente aprobado por el OCCOVI, ni ningún otro organismo con posterioridad, pretendiendo otorgarle a la falta de su rechazo u observación expresa el carácter de una convalidación definitiva de ese importe *determinado en dólares estadounidenses*, criterio que no se aprecia en sintonía con el establecido en las cláusulas del ARC 2006 (v. cláusula 11, en la que se fija el criterio de asentar las inversiones en pesos; en igual sentido, Informe UNIREN 2004, última cit. formulada.; y resol. OCCOVI 444/02). Sobre ese mismo punto, tampoco puede pasarse por alto que en el informe técnico IF-2021-48540295-APN-PYC#DNV, elaborado por la DNV el 31/5/2021 y que, según la recurrente daría cuenta de aquel importe, justamente se brindan las razones para su desconocimiento (v. doc. agregada el 12/10/2022 a fs. 113/139 de las constancias digitales del expediente principal).

Asimismo, mucho menos consistente se avizora pretender justificar el monto en cuestión en el reclamo promovido ante el CIADI por una accionista de la sociedad demandada, en la medida que sólo se trata de una mera pretensión que no fue decidida, ni mucho menos admitida en los términos peticionados, y cuya estimación fue tan sólo efectuada por entidades privadas.

Por último, el [informe financiero DNV 2018](#) (v. link de acceso, doc. 0036), al que hace referencia la recurrente en su memorial, tan sólo constituye una ponderación conjetural, que no fue siquiera mencionada como antecedente del AIRC —en lo que al punto se refiere— y que resulta *insuficiente a fin de esclarecer las observaciones formuladas anteriormente*, lo que desestima que pueda ser considerado como un elemento dirimente en estado liminar del proceso.

En segundo orden de ideas, también se advierte que determinadas condiciones del nuevo Plan Económico Financiero (consistente en un mecanismo de compensación destinado a la recuperación de la suma anteriormente referida; v. art. 5 del AIRC) y del procedimiento de redeterminación de tarifas (v. art. 4 del referido acuerdo) pueden observarse, *prima facie*, como contrarias a los antecedentes, normas y principios jurídicos que rigen el caso.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF 56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/ AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

En este sentido, más allá de la discusión que pueda suscitarse en torno a los límites de la facultad del Estado Nacional para renegociar los contratos administrativos —aspecto que eventualmente demandara, entre otras cuestiones, examinar los criterios sentados no sólo por la Procuración del Tesoro de la Nación, sino también por los tribunales de justicia—, mal puede desconocerse que en el **artículo segundo del AIRC** se estipuló en forma expresa que *“tiene por objeto concluir la instancia de Revisión del Contrato de CONCESIÓN, en virtud de lo dispuesto por la Cláusula Séptima del ACUERDO DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL ratificado por el Decreto 296 de fecha 15 de marzo de 2006 [ARC 2006]”* y que esa labor de revisión —que permitiría *actualizar la ecuación económica financiera*— debía ser llevada a cabo *“de acuerdo a lo expresado en la CLÁUSULA QUINTA [del ARC 2006]”* (v. cl. 7ª de ese primer acuerdo), en la que el concesionario había *renunciado a exigir una Tasa Interna de Retorno en dólares estadounidenses* y se había pactado que sería calculada *en pesos para todo el período de la concesión* (cláusula 5º). No obstante ello, en el AIRC se acordó que aquella tasa fuese determinada en la mencionada moneda extranjera (art. 5.3 y anexo XII, 3.7 y 3.8), lo que puede constituir un *apartamiento sustancial* de tales condiciones, circunstancia que refuerza la verosimilitud de la ilegitimidad denunciada por parte actora. Al respecto, sólo cabe agregar que la interpretación que realiza la recurrente de la cláusula decimotercera del ARC 2006 —en cuanto a la validez y exigibilidad de sus términos— no se aprecia atendible —al menos *prima facie*—, en la medida que sus disposiciones sólo se refieren a la suspensión o *renuncia de acciones o reclamos del concesionario o sus accionistas*.

Por otro lado, tampoco puede soslayarse que si bien es cierto que el AIRC prevé diversos mecanismos para limitar el resultado del procedimiento de redeterminación de tarifas, no lo es menos que *sus particulares términos y alcances* (en cuanto supedita tal facultad, por ejemplo, a la *reprogramación de obras* o al pago de una compensación en dólares estadounidenses equivalente al *déficit resultante*, dentro del plazo de *30 días desde el fin de cada semestre*; y respecto de *“cualquier medida pública”* que impidiese *“aplicar plenamente”* los valores redeterminados; cuya razonabilidad o legalidad resulta controlable por parte de los tribunales de justicia) pueden avizorarse, en este estado preliminar del proceso, como condicionamientos injustificados al ejercicio de tales facultades irrenunciables



respecto de un servicio de gran trascendencia. Asimismo, a una conclusión análoga corresponde arribar respecto de la prohibición de establecer adicionales tarifarios prevista en la última parte del artículo décimo tercero del AIRC, toda vez que tal medida se aprecia, *prima facie*, como una restricción inexcusable a eventuales decisiones que puedan adoptarse con miras a garantizar una mejor prestación del servicio (vgr. implementación de nuevas obras).

Sobre la base de tales consideraciones, y teniendo en cuenta las morigeración del rigor con el que corresponde examinar la verificación del recaudo en cuestión —en razón de la entidad de las conclusiones expuestas en los considerandos anteriores; en especial en cuanto al interés público comprometido—, es dable afirmar que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado y de la ilegitimidad denunciada, como ya se anticipó.

Adviértase, sobre el punto, que no obsta a tal solución la presunción de legitimidad de los actos cuestionados, como afirma la recurrente. En efecto, esta Sala ha señalado, si bien con una integración distinta, que *“El principio según el cual para obtener una medida cautelar frente a la Administración Pública es necesario que se demuestre prima facie la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido no es de aplicación en casos en los que la propia administración pone de manifiesto y enuncia las razones que determinan, en su criterio, la ilegitimidad del acto cuya anulación pretende y cuya revocación le está vedada por ley (art. 17 de la Ley 19.549). En tales circunstancias ha de examinarse si las consideraciones puestas de manifiesto por la demandante privan, prima facie, de fuerza a la presunción de legalidad de la que se encontraría investido el acto que se pretende suspender; esto es, si aquéllas resultan suficientes para reconocer la verosimilitud del derecho invocado, en los términos exigidos”*, supuesto que se verifica en el caso, como se explicó con anterioridad (cfr. esta Sala, causa 1004/2001 “ANLIS (Disp. 704/99) Licitación 3/99 (Inc.Med.) c/ CODIAL Construcciones S.R.L. s/ proceso de conocimiento”, resol. del 13/03/01).

19) Que, bajo riesgo de ser reiterativos, y especialmente a partir de las afirmaciones vertidas en el considerando anterior, es dable aclarar, una vez más, que lo hasta aquí desarrollado no implica en modo alguno adelantar un pronunciamiento respecto del fondo de la cuestión, en tanto sólo importan apreciaciones preliminares efectuadas en el marco del control de los requisitos de admisibilidad que la propia ley 26.854 impone a los magistrados. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que las decisiones referidas a medidas precautorias son provisionales, susceptibles de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio en tanto y en cuanto hayan





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**EXP. CAF 56892/2022/1/CA1 Incidente de apelación n° 1 en autos “EN-DNV c/
AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” y CAF
56892/2022/2/CA2 Incidente de apelación n° 2 en autos “EN-DNV c/
AUTOPISTAS DEL SOL SA s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”**

variado los presupuestos determinantes de su desestimación, o se hayan aportado nuevos elementos que justifiquen su procedencia (arg. Fallos: 327:202 y 261).

20) Que, por otra parte, lo hasta aquí expuesto torna inoficioso pronunciarse respecto de la presentación efectuada por la parte demandada el 19/12/2022, en tanto que las cuestiones planteadas en el referido escrito resultan insusceptibles de alterar la solución adoptada respecto de la inadmisibilidad del recurso intentado contra la decisión del 9/11/2022, que concedió la medida cautelar requerida por la parte actora en su escrito de inicio.

21) Que, por último y con relación los gastos causídicos, corresponde su imposición en el orden causado en virtud de la particularidad y complejidad de las cuestiones discutidas, lo que razonablemente pudo dar lugar a que ambas partes se reconocieran con derecho suficiente para peticionar del modo en que lo hicieron (art. 68, segunda párrafo, del CPCCN).

En mérito a lo expuesto, y habiendo dictaminado el Sr. Fiscal General, el Tribunal **RESUELVE: 1)** Rechazar los recursos interpuestos y confirmar los pronunciamientos apelados, con costas en el orden causado; y **2)** Declarar inoficioso el tratamiento de la presentación formulada por la parte accionada el 19/12/2022.

El Sr. juez de Cámara Marcelo Daniel Duffy no suscribe la presente por haberse inhibido de entender en estos autos el 16/12/2022, en los términos del art. 16 del CPCCN.

Regístrese, notifíquese —al Sr. Fiscal General a la dirección de correo electrónico indicada en su dictamen— y, oportunamente, devuélvase.

JORGE EDUARDO MORÁN

ROGELIO W. VINCENTI

