

Danos Y Perjuicios Responsabilidad Del Estado Por Actividad Lícita Dano Lucro Cesante Improcedencia

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Responsabilidad del Estado por actividad lícita.

Daño. Lucro cesante. Improcedencia Se rechaza la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el actor en su carácter de agente oficial de la Lotería Nacional Sociedad del Estado y propietario de una agencia, dado que para que proceda la indemnización producto de la actividad lícita del Estado -construcción de paso bajo nivel en frente a su negocio-, debe acreditarse que los daños fueron una consecuencia directa inmediata y exclusiva de causa a efecto entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de julio de dos mil quince, reunidos en acuerdo los señores jueces de la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para dictar sentencia en los autos caratulados: ?Maiale Osvaldo Oscar c/ c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)? Expte. N°EXP 40.398/0. el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: FERNANDO E. JUAN LIMA, MABEL DANIELE Y ESTEBAN CENTANARO. A la cuestión planteada el Sr. juez FERNANDO E. JUAN LIMA dijo:

RESULTA: 1. Que, el señor Maiale, en su carácter de agente oficial de la Lotería Nacional Sociedad del Estado, inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) por los daños y perjuicios que habría padecido como consecuencia de la ejecución de la obra del paso bajo nivel efectuada en la avenida Monroe y las vías del ex ferrocarril Mitre, de esta ciudad. Al respecto, indicó que desarrollaba su actividad comercial en un local ubicado en la avenida Monroe ... y que la realización de la mentada construcción le generó un menoscabo, que cuantificó en la suma de ... pesos con ... centavos (\$...), comprensiva de los rubros daño patrimonial, moral y lucro cesante (confr. fs. 1/11 vta.). 2. Que, en la sentencia de fs. 453/457, la magistrada de la anterior instancia resolvió hacer lugar parcialmente a la acción incoada y condenó al GCBA a abonarle al actor la suma de ... pesos (\$...). Para así decidir, luego de indicar cuáles eran los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, señaló en primer lugar que se encontraba acreditada la existencia del daño ? ...entendido como una disminución en las ventas de la agencia de lotería del actor... ". En segundo lugar, explicó que de las planillas emitidas por la Lotería Nacional puede concluirse en que el promedio de las comisiones percibido por la agencia descendió casi en un cincuenta por ciento (50%) desde la fecha de inicio de la obra en cuestión. Con relación al nexo causal y su imputación a la actuación del GCBA. consideró que ambos presupuestos se encontraban acreditados debido a las múltiples y coincidentes declaraciones testimoniales, fotos aportadas por la actora y por AUSA. Agregó, en este sentido, que la realización de la obra implicó el cierre de la arteria vehicular y la dificultad en el acceso a la acera sobre la que se encontraba el local. Por otra parte, ponderó con el carácter de sacrificio especial el daño sufrido por el Sr. Maiale en atención a que ?...por tratarse la actividad de la actora de una agencia de lotería, gran parte de sus ingresos prov[enían] de gente que transitaba por el lugar al pretender acceder a la estación del tren (Coghlan) por lo que las dificultades de circulación por la vereda claramente desalentaban a los transeúntes... " (confr. fs. 455). Finalmente, luego de meritar la prueba producida en autos entendió que se encontraba acreditada ?...la caída en la recaudación durante el período enero2010/febrero2011 y la imposibilidad de usufructuar el local (y la licencia) durante el período marzo/septiembre de 2011? (confr. fs. 456). En consecuencia, reconoció a la actora el monto indemnizatorio de ... pesos (\$...) -a valor actual-, ordenó adicionarle los intereses de conformidad con lo dispuesto en la doctrina plenaria de esta Cámara establecida en el fallo ?Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", EXP 30.370/0, del 31 de mayo de 2013 y fijó las costas en el orden causado. 3. Que notificada la sentencia a las partes, el GCBA interpuso recurso de apelación a fs. 458, el que fue concedido a fs. 459 y fundado a fs. 474/476 vta. En lo que aquí interesa, se agravió por cuanto se le reconoció al actor una indemnización en concepto de lucro cesante cuando los ingresos de la agencia de lotería del mes de febrero de 2010 no distaron de los producidos en enero de 2011 (confr. fs. 476 vta.). En este sentido consideró improcedente la indemnización por lucro cesante por tratarse de un supuesto de responsabilidad lícita del Estado local. En segundo lugar, criticó la valoración de la prueba efectuada por el a quo. Al respecto, sostuvo que no fue acreditado que con el inicio de la obra el actor sufriera una merma en sus ingresos provenientes de la agencia de lotería y que, en su caso, tampoco fue probada su cuantía (confr. fs. 475 vta.). Finalmente, arguyó que los montos estimados para calcular la indemnización por lucro cesante correspondían a la época vacacional -febrero de 2010 y enero de 2011 -; por lo tanto aquella pérdida en los ingresos debió ?...vincularse indudablemente con dicha época veraniega en lugar de atribuirle a reformas viales... ? (confr. fs. 476). En consecuencia solicitó que la sentencia fuera revocada y se impusieran las costas al actor. Una vez vencido el plazo para que la demandante contestara el traslado del memorial, los autos pasaron al

acuerdo de sala (confr. fs. 479). **CONSIDERANDO:** 4. Que, con carácter previo a entrar en el análisis de la presente controversia, debe tenerse en cuenta que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (confr. Fallos: 306:444; 302:235; 301:676; 300:535; 272:225; entre otros). En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver (confr. Fallos: 308:950; 308:2263; 280:320; 274:113; entre otros). En otras palabras, se han de considerar los hechos jurídicamente relevantes. 5. Que, de acuerdo al modo en que el GCBA expresó sus agravios, corresponde en primer lugar analizar si resulta procedente la indemnización de los daños y perjuicios que habría sufrido el actor, como consecuencia del accionar lícito de la demandada, generándose con ello la responsabilidad extracontractual de la administración. En segundo lugar y encontrándose en íntima relación con el agravio anterior, habrá que establecer si tal lesión se tradujo en un daño cierto, para lo cual resultará de vital importancia la prueba producida en la causa, tornándose ésta, además, en un requisito insoslayable a los efectos de determinar si el daño es jurídico y, por lo tanto, correcta su indemnización; asimismo será menester analizar la procedencia del rubro indemnizatorio concedido y, en su caso, cómo podría mensurarse lo atinente a su cuantía.

6. Que, habiendo formulado el orden a seguir, corresponde introducirse en el primer agravio a dilucidar. En este sentido, conforme lo he sostenido en reiteradas oportunidades considero que "la responsabilidad del Estado es objetiva, con total prescindencia de la noción de culpa, (...) pues la responsabilidad deriva de un acto legítimo del Estado. El fundamento de ella es (...) el principio de la justicia legal o general, que demanda la igualdad ante las cargas públicas, con base en nuestro ordenamiento constitucional (art. 16, Const. Nac.), que ha reconocido este trascendente principio de Derecho Natural, no siendo necesario que exista una ley que reconozca el derecho a la indemnización. Ello no obstante, para determinar la medida de la restitución se aplican, en esta materia, las reglas atinentes a la indemnización debida por los daños provocados por los actos ilegítimos -indemnización integral o plena-, con exclusión del lucro cesante" (conf. Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo". 7a edición, tomo I, págs. 513 y 515, Buenos Aires, 2002, editorial Abeledo-Perrot). En este orden de ideas, es preciso enfatizar que la razón de la exclusión de aquél -que tiene fundamento analógico en la ley de expropiaciones-, cuando se trata del tipo de responsabilidad que aquí le fue atribuida a la demandada, radica en la circunstancia de que la situación del administrado no es igual que cuando dicha responsabilidad recae en la Administración por su actividad ilegítima. En efecto, mientras que en la responsabilidad por acto legítimo el particular soporta un daño en virtud de los deberes o cargas impuestas por la justicia legal o general, en la responsabilidad por acto ilegítimo, él no debe contribución o servicio alguno al estado, ya que nadie está obligado a soportar la actividad dañosa ilegítima y menos aún sin indemnización. Por esa causa, el estado le debería al particular perjudicado por un acto ilegítimo una reparación integral mientras que en la responsabilidad por acto legítimo la restitución no comprendería el lucro cesante, aunque no por ello dejaría de regirse por la justicia conmutativa, que realiza la igualdad de objeto a objeto (conf. Cassagne, ob.cit. pág. 515). En cuanto al fundamento -que encuentra su analogía en la ley de expropiaciones- cabe subrayar que la CSJN ha expresado sobre la cuestión que "como el artículo 10 de la ley 21.499, aplicable analógicamente, limita la indemnización al daño emergente, con expresa exclusión del lucro cesante, el resarcimiento de éste resultaba improcedente" (in re "Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 9/05/1989). En similar dirección ya se había expedido ese Tribunal en la causa "S.A. Corporación Inversora Los Pinos c/ MCBA" (Fallos: 293:617) y en la causa "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional", el 17/05/1979 (Fallos: 301:403), rechazando la petición atinente al resarcimiento del lucro cesante con fundamento en el artículo citado. Ahora bien, en cuanto al origen en el que podría basarse la teoría expansiva del artículo 10 de la ley N°21.499 como fundamento para rechazar el lucro cesante en este tipo de casos, podría sostenerse que encontró su lugar ante la ausencia de alguna disposición que determinase cuál debería ser la reparación, en términos indemnizatorios, que habría de otorgarse en supuestos de responsabilidad por daños en el texto del artículo 17 de la Constitución Nacional, al consagrarse el derecho de propiedad. Por tal motivo, "compete al ámbito de la reglamentación legal, en su variado contenido público o privado, determinar el alcance de la reparación debida cuando el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado es violado o, en su caso, sacrificado lícitamente" (confr. Comadira, Julio Rodolfo, "La Responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados", E.D. 145-380).

De esa manera, en el Derecho civil, el legislador consagra la indemnización integral para casos de incumplimientos obligacionales (arts. 519 y 520, Cód. Civ.) y derivados de responsabilidad por actos ilícitos (art. 1069, Cód. Civ.), especies ambas que no se relacionarían con la actividad lícita, pues en ella no habría incumplimientos o inejecuciones obligacionales, ni actos ilícitos. Así, lo concerniente a la responsabilidad por acto lícito en la órbita del derecho privado resultaría ajeno a los principios sobre los cuales se sustenta toda la teoría de la responsabilidad civil, basada en la noción de antijuridicidad y culpa. En cambio, en lo que respecta al Derecho público, existe una norma general, de raigambre constitucional, reglamentada legalmente a través de la ley de expropiaciones que genera el deber estatal de indemnizar cuando, por razones de bien común, se impone a los administrados el sacrificio de derechos de contenido patrimonial. Norma que, como surge de su artículo 10, excluye el lucro cesante y "...goza, en

razón de la coincidencia de notas esenciales con cualquier supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita, de la suficiente 'fuerza expansiva' (...) como para proyectar sus alcances, de modo directo, a toda situación indemnizatoria generada por el actuar administrativo regular. Bien entendido que dicha proyección deberá ceder, por supuesto, cuando exista una norma legal expresa que imponga, para el fenómeno en análisis, una solución diferente (confr. Comadira, Julio Rodolfo, 'La Responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados?', E.D. 145-380, prev. cit.). Por consiguiente, no surgiendo de la Constitución Nacional una definición relativa al alcance de la indemnización que debería otorgarse como consecuencia de los eventuales daños provocados por la actividad lícita del Estado, la extensión de aquélla dependería de la reglamentación efectuada por el legislador en los términos reseñados precedentemente. De modo que, bajo tales circunstancias, correspondería dar lugar a lo que expresamente se establece en la ley de expropiaciones (que, en el orden local, es aún más clara; confr. art. 9° de la ley N°238), dentro del marco del Derecho público; es decir que, en el caso, sólo resultaría procedente la reparación del daño emergente y no así la del lucro cesante.

7. Que, si bien he sostenido la reseñada postura en reiteradas oportunidades, no se escapa a mi conocimiento la posición que habría adoptado nuestro Máximo Tribunal en torno a este tema a partir de los fallos 'El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento', Expte. N°E.187.XXXVII, del 28/07/2005: "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios", Expte. N°Z.90.XLIII, del 09/06/2009; y 'Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional -Ministerio Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ proceso de conocimiento', Expte. N°M.1378.XLVII, del 15/05/2014. Así las cosas, por razones lógicas de economía procesal, deviene útil recordar lo expuesto por la CSJN en el último precedente citado en cuanto a que "...la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios -de cualquier orden- que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos (Fallos: 317:1233; 330:2464) " (in re 'Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ proceso de conocimiento', prev. cit.).

En este mismo sentido este Tribunal sostuvo que "...cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (...) verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue " (in re 'El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional', prev. cit.).

A mayor abundamiento la CSJN aclaró que "...la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización (...) no comprende los daños que sean consecuencia normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad lícita estatal productora de tales daños importan las limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales -vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)". En suma, del temperamento adoptado por nuestro máximo Tribunal, podría colegirse que sólo resultaría procedente esta indemnización excepcional y restrictiva -por los daños y perjuicios producidos como consecuencia (directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto) de la actividad lícita del Estado- si se acreditase la condición de especialidad, es decir, si se demostrase que existió un sacrificio desigual o una carga desproporcionada que excedería las consecuencias normales derivadas del ejercicio de ese accionar legítimo (además de configurarse los presupuestos generales de la responsabilidad estatal).

8. Que, en el contexto que precede, se ha explicado que las consecuencias anormales "...van más allá de aquello que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales y significan un sacrificio desigual para quien no tiene el deber de tolerarlo, sin la debida compensación económica (...) el límite entre lo 'normal' y lo 'anormal', o más específicamente entre las 'consecuencias normales' y 'anormales', transita por la existencia de una situación fáctica perjudicial, que imponga al damnificado un verdadero sacrificio desigual..." (confr. Pizarro, Ramón 'Responsabilidad del Estado por actos lícitos. Consecuencias 'normales' y 'anormales' de su actividad?', diario La Ley del 26/05/2014). Ahora bien, habiendo llegado a este segundo punto de análisis, corresponde verificar si de la concreta prueba producida en la causa el resarcimiento reclamado en concepto de lucro cesante -otorgado por el a quo- reunió los requisitos enunciados precedentemente. De modo liminar, considero oportuno resaltar en qué consiste el lucro cesante y el alcance que tiene, para, a partir de tales concepciones, analizar también desde otra óptica la procedencia del rubro en relación con lo que se discute en la causa. Este tipo de daño material "está configurado por la pérdida de enriquecimiento o por las ganancias que ha dejado de percibir el damnificado, y su reclamo, se debe hacer sobre la base real y cierta, y no sobre una pérdida probable o hipotética" (conf. Lexis Nexis, 'Daños y perjuicios/Antijuridicidad/Acto ilícito?', Salas, Acdeel

E.- Trigo Represas, Félix A.- López Mesa, Marcelo J., índice 6.804/12.940). Se constituye por "...las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas ? (Fallos: 328:2654). 9. Que, así las cosas, adelanto que considero que el agravio del GCBA vinculado a la ausencia de acreditación de la merma en los ingresos en la actividad comercial del actor deber prosperar. Para llegar a esa conclusión, primeramente cabe recordar que la magistrada de grado resolvió hacer lugar a la petición del actor condenando a la demandada a abonar un total de ... pesos (\$...). Tales perjuicios expresamente respondieron a: i) ... pesos (\$...) por cada mes que descendió la comisión percibida por el actor durante diciembre de 2010 y enero - febrero de 2011. En este apartado el a quo consideró que durante tales meses quedó acreditada la disminución en las ventas y que esta situación coincidió con el inicio de la obra. Por ello, teniendo en cuenta que el promedio mensual de las comisiones que percibía era de ... pesos con ... centavos (\$...), entendió que correspondía adicionarle a las comisiones percibidas un total de ... pesos (\$...) por mes. ii) ... pesos (\$...) por cada uno de los siete (7) meses que el local estuvo cerrado. En este apartado la magistrada de grado señaló que frente a la imposibilidad de usufructuar el local, teniendo en cuenta la licencia otorgada por las autoridades de la Lotería Nacional, correspondía indemnizar al particular con el total de la ganancia promedio que percibía el actor en circunstancias normales. Asentado ello, corresponde analizar la prueba aportada en la causa. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, en el escrito de demanda el actor reclamó la suma de ... pesos con ... centavos (\$...) "...en concepto de lucro cesante por los meses de noviembre / diciembre 2010. y por el término de duración del contrato de locación, tomando como mes normal y habitual para el cálculo, la recaudación del mes de octubre..." (confr. fs. 11) esto es la suma de ... pesos con ... centavos (\$...). En segundo lugar, conforme se desprende de fs. 14/17. la finalización del contrato de alquiler del local comercial en cuestión operaba el 30/09/2011. En tercer lugar, cabe destacar que en la cláusula novena del convenio de "Agente Oficial" (celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y la Sra. Ojeda, cuya cesión se efectuó a favor del actor conforme surge de fs. 26/27) se estableció que la Lotería Nacional S.E. ? ...podrá fijar el monto mínimo de las recaudaciones exigibles por agencia y/o permiso, y por juego, verificables durante los periodos que determine. Cuando no se alcanzare el monto mínimo, (...) podrá disponer[se] la caducidad (...) rescindir el contrato vigente y exigir o debitar (...) los costos por mantener la agencia operando" (confr. fs. 80). En cuarto lugar, AUSA informó que "[a] los efectos de no aislar a los propietarios frentistas, se mantuvieron las veredas con libre circulación. El espacio entre la Línea Municipal y el vallado de seguridad, para poder preservar el paso peatonal durante las tareas de obra, estaba dado por una separación de 2,00 mts. aproximadamente. Espacio suficiente para el paso de carritos de bebés y de sillas de ruedas" (confr. fs. 353). Asimismo, en dicha contestación de oficio se adjuntaron fotografías tomadas durante el curso de la obra, las que se condicen con las imágenes acompañadas por el actor a fs. 29/44. En todas ellas puede vislumbrarse un espacio dejado libre para la circulación de transeúntes. A mayor abundamiento la sociedad oficiante explicó que "...no estaba prevista ni se ejecutó la aislación total de comercios..." (confr. fs. 357). Por último, cabe resaltar que en reiteradas oportunidades indicó que nunca fue interrumpida la circulación peatonal. En quinto lugar, la Lotería Nacional informó que el actor "...mantuvo cerrada la agencia desde el 28/02/2011 hasta el 29/03/2011 por licencia anual ordinaria, y desde el 30/03/2011 hasta el 06/12/2011 por suspensión de actividades, ambas originadas (según fundamentos invocados por el causante) por la construcción de un túnel cercano a la Av. Monroe..." (confr. fs. 381). 10. Que, de la prueba analizada, considero que no es posible arribar a la misma conclusión que esbozó la magistrada de grado en su sentencia. Ello así por cuanto, en momento alguno de la ejecución de la obra del paso bajo nivel el tránsito de los peatones se encontró interrumpido. Por lo tanto, no es viable efectuar una conexión directa e inmediata entre la ejecución de la obra y la decisión del actor de suspender su actividad comercial durante el período 30/03/2011 hasta el 06/12/2011. Igual consideración es dable efectuar respecto del mes en el que tomó licencia anual ordinaria. Asimismo, si bien se acompañaron planillas expedidas por la Lotería Nacional de las que surgen la recaudación y comisión del local comercial, a fin de determinar el lucro cesante alegado resulta insuficiente efectuar un cálculo abstracto de las utilidades que le hubieran correspondido percibir. En dicho análisis, entre otros factores debieron considerarse las circunstancias económicas del país durante el período reclamado, las fechas de recesos vacacionales y su injerencia en las ventas, el impacto en los gastos del cierre total del local, entre otros. Por otro lado tampoco aportó prueba tendiente a demostrar que la disminución de ganancias aludida no obedeciera al riesgo propio del giro comercial de que se trata. En este sentido, dicha situación fue contemplada en el convenio aceptado por el actor (de "Agente Oficial?)" específicamente en la cláusula novena. Por lo tanto, la decisión de solicitar licencia en el desarrollo del negocio podría encontrarse vinculada con lo estipulado en ese contrato y a fin de evitar sus consecuencias. En el contexto descripto, resultaría una mera conjetura suponer que el actor debió haber percibido una suma equivalente a la diferencia entre el promedio obtenido del año tomado como base modelo (esto es de enero a noviembre de 2010) y del promedio entre los restantes tres meses hasta el cierre del local. Situación que tampoco quedaría convalidada de comparar lo percibido en los meses enero y febrero de 2010 y 2011. A mayor abundamiento, cabe resaltar que la necesaria condición de especialidad aludida en el considerando 7 no ha quedado acreditada así tampoco que el actor habría sufrido un perjuicio individualizado del que se encontraron eximidos los restantes

comercios, requisitos necesarios para la procedencia del rubro indemnizatorio peticionado. Por todas las razones expuestas, en caso de que mi voto sea compartido propongo al acuerdo que se haga lugar al agravio del GCBA y, en consecuencia, se revoque la sentencia de grado, rechazando la demanda, con costas al actor. 11. En relación con las costas ante esta instancia, no encontrando razones que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota, habrán de ser soportadas por el actor vencido (art. 62 CCAyT).

Por las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo que, en caso de ser compartido mi voto: a) se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, por consiguiente, se revoque la sentencia de grado, con costas al demandante; b) se impongan las costas de esta instancia al actor vencido (confr. art. 62 del CCAyT). Así voto. A la cuestión planteada la Sra. jueza MABEL DANIELE dijo: 12. Que adhiero a lo expuesto en los considerandos 1 a 5 y 7 del voto de mi colega preopinante Fernando Juan Lima. 13. Que ello asentado considero que la prueba aportada en autos conduce a confirmar la sentencia de grado en todo aquello que ha sido materia de agravio, esto es la existencia de la merma en los ingresos de la actora y su nexa de causalidad con la obra del paso bajo nivel en la avenida Monroe. Veamos: a) De las planillas acompañadas por Lotería Nacional S.E. y reservadas en secretaría a fs. 469 vta., -donde se detalla la recaudación y comisiones del actor mes a mes-, surge la importante disminución de los ingresos del actor así como la suspensión de actividades a partir del mes de abril de 2011. El recurrente adujo que los ingresos de la agencia en febrero de 2010 no fueron muy diferentes a los de enero de 2011 supuestamente cuando no se podía transitar por el lugar, y que cualquier pérdida debería vincularse en primer término con la época veraniega en lugar de atribuir la a reformas viales. Esta postura de la demandada no logra desacreditar la fundada conclusión a la que arribó el magistrado de grado de que los ingresos descendieron casi un 50% ya que para evitar cualquier posible fluctuación ocasionada por la época del año comparó únicamente los ingresos de los meses de verano de 2010 con los de 2011. En este sentido no puede dejar de resaltarse que en el mes de febrero de 2011, fecha que coincidiría con el momento en que según los dichos del actor y uno de los testigos fue efectivamente cerrado el paso peatonal que permitía cruzar de un lado y otro de las vías del ferrocarril, los ingresos del actor por comisión alcanzaron tan solo los ... pesos (\$) es decir un 60% menos que lo recaudado en el mismo mes del año previo. El vínculo entre la baja en la recaudación y la obra también se verifica si se toman en cuenta los ingresos que, de acuerdo a las planillas acompañadas por Lotería Nacional SE, obtuvo el actor en enero y febrero de 2011 y los percibidos en igual período en 2012. En efecto mientras que en plena ejecución de la obra, la recaudación y comisión fue de \$... y \$... en enero, y de \$... y \$... en febrero de 2011, en los mismos meses del año 2012 fue de \$... y \$... y de \$... y \$... respectivamente. El cotejo arroja comisiones superiores en casi un 30% si se toma el período, y de más del 50% si se observa el mes de febrero exclusivamente. Este dato no es menor si además se advierte que el actor acababa de abrir este nuevo local en la calle Amenábar (conforme surge de fs. 385) con lo que era factible que su recaudación no fuera aún la esperada para el giro comercial habitual. b) De las fotografías agregadas a fs. 28/39, así como las que se encuentran insertas en el CD Nro 2 del sobre N° 2202 reservado en Secretaría a fs. 469 vta., surge claramente que el cruce de las vías del tren por la avenida Monroe fue cerrado tanto al tránsito peatonal como al vehicular, así como que tal cierre era anunciado con visibles carteles desde la esquina de Melián y Monroe. Ello demuestra que el local del actor, el último de la cuadra antes de llegar a las vías del tren, quedó prácticamente aislado de toda circulación, en el confín de un callejón sin salida, al que ya no tenía ningún sentido dirigirse. También las fotografías antedichas y los videos que contiene el CD Nro. 3 del sobre mencionado ilustran hasta qué punto el local de lotería había quedado invisibilizado para posibles clientes debido tanto a las media sombras y el enrejado puestos para la ejecución de la obra, como al baño químico instalado casi a la misma altura de su puerta de ingreso. Todas estas circunstancias no parecen ser de menor relevancia para un comercio de lotería al que con anterioridad a las obras era posible acceder con mucha facilidad para aquellos vecinos que se encontraban de un lado y otro de la vía. c) De las declaraciones testimoniales de fs. 334/336, 342/344 vta., y 349/350 también se desprende que se cerró el paso peatonal y vehicular, que se desvió el transporte automotor y que el acceso al negocio del actor resultaba dificultoso y molesto para los testigos, que eran clientes suyos. Así el Sr. Jesús Vázquez declaró que "se estaba haciendo la obra y no se podía pasar?" (fs. 335), que él "iba por Washington hacia Monroe y no podía cruzar? porque ? Washington estaba cerrada y del otro lado de la vía no se podía cruzar porque estaba cortado también,, (fs. 335 vta.). Agregó que desde que no pudo pasar no fue más (fs. 335 vta.). El testigo Hugo García manifestó que "las obras empezaron a principio de noviembre y se complicaba pasar al principio, y en enero se cerró todo, hasta el paso de la salida de la estación y había que ir una cuadra antes por Rivera (...) para cruzar el puente peatonal e ir hasta el hospital Pirovano" (...) "entre la maquinaria, el polvo, los pozos en la vereda, parecía Kosovo, era muy difícil cruzar". Declaró también que "cuando empezaron las obras estaba cerrado el paso peatonal de tren?, que "por Washington y Monroe estaba cortado por un obrador, dejaban materiales, maquinaria, columnas de hierro" y que "para la misma fecha estaba cerrado el paso en Melián y tuvieron que habilitar el paso a nivel que se hizo en Plaza". Tras detallar el recorrido que tenía que hacer para llegar desde su puesto de trabajo hasta la agencia de lotería una vez iniciada la obra, explicó que por eso "ya a veces no íbamos (...) porque tardábamos mucho en ir y volver y era horario de trabajo" (fs. 343 vta.), especificó asimismo que antes de la obra tenía dos cuadras y medio o tres cuadras, y que con posterioridad siete

cuadras aproximadamente para ir y otras tantas para volver (fs. 344). Por otra parte, este testigo ratificó que el tránsito vehicular y de transporte automotor estaba cortado en la avenida Monroe, que dicho transporte se desviaba por la calle Melián a la derecha hasta Nahel Huapi o Av. Congreso para buscar el paso a nivel de Plaza (fs. 344). Por último, el testigo Manuel Rodríguez también dijo que se "obstruía el paso de clientes por la obra?, que la "agencia quedó encerrada", que "había montículos de tierra, máquinas, etc. que dificultaban mucho el paso" (fs. 349). En sentido coincidente con los anteriores dijo que "el tránsito por la avenida quedó anulado desde el principio en la Av. Monroe, desde Melián hasta Estomba, que son cuatro cuadras? y que el "paso peatonal estaba dificultado por montículos de tierra, vallas de la misma obra, que si bien era posible pasar era muy dificultoso". Como dato adicional señaló que los ruidos eran por momentos insoportables y que la tierra en el aire era continua (fs. 349 vta.). Respecto de lo que se ve en la fotografía de fs. 43 señaló que en ese momento no se podía pasar. Asimismo refirió que los días de lluvia en lugar de pasar sobre tierra pasabas sobre barro (349 vta.) y confirmó lo difícil que era llegar al local del actor desde el otro lado de la vía, señalando que "había que caminar mucho para llegar", "si venía de Estomba y Monroe había en lo que es la estación Cohgla que hacer un rodeo por las proximidades de la estación para volver al paso a nivel y de ahí dar toda la vuelta que yo hacía para ir desde mi casa" (fs. 350). d) Finalmente de los videos acompañados como prueba por el actor que se encuentran agregados al sobre 2202 reservado en secretaria a fs. 469 vta. se verifica asimismo lo molesto y casi inhumano que podía resultar para el actor continuar operando su local todos los días en el que los ruidos elevados eran constantes, cuando la vereda era prácticamente intransitable debido al vallado y las roturas, y se había tapado toda posible vista al exterior con medias sombras, vallas e incluso un baño químico.

Son las circunstancias descriptas, que han quedado contundentemente acreditadas, las que me llevan a concluir que están dadas las condiciones de especialidad necesarias que descartan el deber jurídico del actor de soportar el daño sufrido y que conforme la jurisprudencia de la corte citada en el considerando 7 de mi colega preopinante, hacen procedente la responsabilidad del Estado local en este caso y el derecho del demandante a ser indemnizado. 14. Que llegado este punto, cabe señalar que coincido con el método de cálculo, cuantía, y límite temporal de la indemnización otorgada por el a quo, más allá de que por no haber sido ello materia de agravio no corresponde que me pronuncie al respecto. Por todo lo expuesto considero que debe rechazarse el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia de grado en todos sus términos con costas a la vencida, lo que así voto. A la cuestión planteada el Sr. juez ESTEBAN CENTANARO dijo: Adhiero al voto del Sr. juez FERNANDO E. JUAN LIMA. En mérito a la votación que antecede el tribunal, por mayoría, RESUELVE: I) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, por consiguiente, revocar la sentencia de grado, con costas al demandante; II) imponer las costas de esta instancia al actor vencido (co nfr. art. 62 del CCAyT). Regístrese, notifíquese por secretaría y, oportunamente, devuélvase al juzgado de origen. Esteban Centanaro Juez de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Mabel Daniele Jueza de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Fernando E. Juan Lima Juez de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

003886E