

AUTOS: Nº 11197 - "COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION S.A. C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ ORDINARIO ACCION MERAMENTE DECLARATIVA" -

ACUERDO :

En la Ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, a los Nueve (9) de febrero de 2024, reunidos los Sres. Vocales de la Sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dres. Andrés Manuel Marfil -Presidente-, Virgilio Alejandro Galanti y María Valentina G. Ramírez Amable, para conocer del recurso de apelación interpuesto en los autos: **"COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION S.A. C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ ORDINARIO ACCION MERAMENTE DECLARATIVA" Nº 11197**, respecto de la sentencia dictada en fecha 14/04/2023, de conformidad con el sorteo de ley oportunamente realizado -art. 260 del C.P.C. y C.- la votación deberá efectuarse en el siguiente orden, Dres. Marfil, Galanti, Ramírez Amable.

Estudiados los autos, la Sala estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el Dr. Andrés Manuel Marfil dijo:

I) Recursos a tratar

Ambas partes apelan la sentencia del 14/04/2023 que no hace lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad e impone las costas a la demandada vencida en aplicación del principio de la derrota.

II) El caso propuesto

II) 1.- Pretensión de las partes

II) 1.a.- La actora

Coto Centro Integral de Comercialización Sociedad Anónima promueve acción meramente declarativa de inconstitucionalidad de la Ley Nº 10867 contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos -cfr. art. 310 del CPCC; y Ley de Procedimientos Constitucionales-.

Señala que la facultad de regular la temática contenida en la norma atacada -consumo- es de competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.

Que la autoridad de aplicación de la norma y las sanciones que deban

imponerse en caso de incumplimiento se enmarcan en el ámbito del consumo, y que más allá de su expresa fundamentación en razones de salud pública, esto evidencia que en realidad ello no es así (en otros términos, se somete el control sanitario a la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia).

Denuncia que la afectación aludida obedece a una ausencia de proporcionalidad y razonabilidad de la medida en relación a los derechos elementales plasmados en el art. 14 de la Constitución Nacional: comerciar, ejercer industria lícita e igualdad.

Observa la exclusión de la medida en beneficio de minimercados y pequeños comercios sin justificación alguna desinteresándose de sus fines protectorios en este tipo de negocios.

Cita jurisprudencia con plataforma fáctica similar, reconociendo que no es idéntica, pero que a su criterio resultaría aplicable igualmente. En estas citas se reconoce que las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos constitucionales los han afectado y vulnerado admitiéndose la inconstitucionalidad de las mismas.

II) 1.b.- La demandada

El Estado Provincial niega lo pretendido por la actora.

Manifiesta que la norma no vulnera derechos constitucionales.

En lo que respecta a la vía elegida, indica que la demanda debe ser rechazada en virtud de no cumplimentarse los recaudos legales prescriptos por la norma en que funda su pedido; esto es la incerteza y el perjuicio. En relación a este primer requisito aduce que no se observa incertidumbre alguna respecto de la existencia, extensión o modalidad de ninguna relación jurídica que amerite la sustanciación del presente -cfr. el artículo 310 del CPCC, invocado por la actora-; y luce manifiesto que la actora entiende perfectamente la ley y sus alcances, pero le disgusta, no la comparte, no quiere que le sea aplicada, la desafía abiertamente y muestra vocación por su incumplimiento. A lo cual cabe agregar que no logra demostrar la presencia de ningún daño actual, ni potencial.

Denuncia defecto en la forma de proponer la demanda que aduce no debería ser suplido o modificado por el juez, refiriéndose en este aspecto a lo que califica como mixtura procesal entre el artículo 310 del CPCC y la LPC cuando la pretensión concreta no consiste en terminar con ningún estado de incertidumbre, sino que se declare la inconstitucionalidad de una norma.

Manifiesta que no se vulnera el derecho a la igualdad considerando que la

distinción que se realiza entre grandes o pequeños comercios, en lo que a su espacio físico respecta, no importa consecuencias desproporcionadas con sus fines ni responde a una diferenciación abstracta basada en variables que no ameriten su trato especial considerando tal variable. Y en relación al derecho a comerciar alega que el mismo no se restringe sino que se ordena la forma en que el mismo debe desarrollarse (reubicación de la mercadería que debe estar más allá de los cinco metros de la línea de cajas).

Finalmente, impugna puntos de la pericial ofrecida por la actora, manifiesta desinterés en la prueba y solicita el rechazo de la demanda, con imposición de costas.

II) 2.- La decisión de primera instancia

La sentencia rechaza la demanda, condena en costas a la actora vencida -cfr. el art. 20 de la LPC- y regula honorarios.

Dicha negativa se basa en la naturaleza y fines propios de la acción promovida, esto es, la declaración de existencia de una relación jurídica, un derecho, su modalidad o interpretación para el caso concreto, haciendo cesar la incertidumbre respecto de su vigencia y aplicación; sin observarse cuáles serían las supuestas deficiencias normativas que se pretenden subsanar.

Se entiende que no resulta abusivo el uso del poder de policía para el dictado de la mentada norma; y que no se vulnera la libertad de comerciar, ni el principio de igualdad, como se postula en la demanda. En este sentido se destaca que la ley se limita a disponer la ubicación física de los productos ultraprocesados dentro de los supermercados sin comprometer los derechos invocados por la actora.

Se resalta que los derechos no son absolutos y la medida que se intenta invalidar es acorde a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que debe imperar, por lo que no luce atendible el pedido de declarar su inconstitucionalidad. Más aún cuando para ello se parte de la presunción de legalidad y legitimidad que le asiste a una ley sancionada por el trámite pertinente y por la autoridad investida para ello -Poder Legislativo-.

En relación al achaque de supuesta invasión de la jurisdicción nacional por tratarse de cuestiones de derecho de fondo -consumo- se dice que la provincia se encuentra habilitada para regular aquellos aspectos de la convivencia enmarcados en el ámbito de la salud, la integridad física y la seguridad.

Finalmente, se destaca que tampoco surge acreditado en la causa el perjuicio

que la medida le irroga a la actora; siendo que esto resulta ser el segundo presupuesto de admisibilidad de la vía, conforme lo establecido en el artículo 310 del CPCC.

III) 1.- Recursos

Ambas partes deducen recurso de apelación.

La parte actora se alza contra la sentencia -cfr. el art. 257 del CPCC- y el Fiscal de Estado contra la regulación de sus honorarios, por bajos -cfr. Ley 7046-.

III) 2.- Los agravios de la actora

La actora se agravia por violación al principio de congruencia y debido proceso señalando que se omite abordar un fundamento medular de su pretensión.

Cita y transcribe textualmente partes del dictamen del Ministerio Público Fiscal que tomó intervención en el recurso de apelación de la medida cautelar y que dictaminó en sentido de considerar que la legislación en crisis regula aspectos del derecho comercial -Consumo-, cuestión que se encuentra firme para ambas partes y que no puede la sentencia contradecir, lo que en definitiva hace al sostener que la norma en crisis versa sobre el derecho a la salud de la población.

Su segundo agravio embate el desistimiento arbitrario e injustificado de la pericial que fue oportunamente impugnada por la contraria.

Indica el yerro jurisdiccional al despreciar lo dictaminado por la perito sin justificación suficiente y bajo el único argumento de tratarse de puntos periciales muy genéricos o no lo suficientemente precisos, como que no fuera ordenada su producción en la audiencia preliminar.

Destaca que dicha pericial es trascendental en el sostenimiento de su posición parcial y que el apartamiento de sus conclusiones debe ser excepcional y debidamente justificado.

El tercer agravio se refiere al erróneo juicio de ponderación de los principios constitucionales en pugna, los que bajo el argumento de no tratarse de derechos absolutos concluye asignándole menor jerarquía al derecho a comerciar y ejercer industria lícita, cuando ello no es así, siendo todos los derechos de ambas partes de igual rango y debiendo meritarse su afectación considerando la polaridad entre la afectación de uno y satisfacción del opuesto (cálculo de costo-beneficio).

El cuarto agravio denuncia la carencia de referencia suficiente a la declaración del testigo de su parte y a su manifestación de que los clientes no esperan -a dicha fecha- en la línea de caja, sino al menos 5 metros detrás, en violación a la regla de

la sana crítica. En este punto destaca que a raíz del distanciamiento social que impuso la pandemia la norma resulta de imposible cumplimiento en virtud de la disposición de las cajas y de los productos de venta en los locales comerciales. Agrega que particularmente la parte actora mantuvo la reordenación de la dinámica comercial y los clientes esperan ser atendidos en las cajas haciendo una cola detrás de la línea de las góndolas.

El quinto y último agravio versa respecto de las costas que le son impuestas en su contra en aplicación de la regla general -a cargo del vencido-. Aduce que aún sin proceder el presente recurso debe ponderarse que su parte actuó sobre la base de una convicción razonable acerca de la pertinencia de su pretensión y debiera mínimamente imponerse las mismas por su orden.

Con costas.

III) 3.- La contestación de agravios de la demandada

En primer término solicita la declaración de deserción del recurso de apelación por esbozarse solamente una disconformidad con el resultado del juicio sin evidenciar los agravios concretos que decisión le provoca.

Sin perjuicio de lo cual resalta que de los propios términos del memorial surge que la sentencia no le causa perjuicio ni molestia alguna, y que en la actualidad le resulta plausible su cumplimiento.

Destaca que la decisión debe mantenerse en virtud de que la norma en crisis es legalmente válida (aludiendo a su legitimidad de autor y materia).

III) 4.- Apelación de honorarios

El Fiscal de Estado cuestiona la injustificada y exigua regulación de sus honorarios en comparación con los de la actora y señala que se decidió rechazar la demanda de una acción de inconstitucionalidad, por lo que correspondería aplicarse el artículo 93 de la Ley 7046.

Asimismo, cuestiona que siendo victoriosa la demandada luce contrario a la pauta regulatoria que impone menor regulación para la perdidosa, como que tampoco de la misma surja que se contemple la eficacia y el éxito de labor de los profesionales de la parte demandada -cfr. arts. 63 y 3, incisos b) y e) de la LA, respectivamente-.

IV) Dictamen de los Ministerios Públicos

Ambos Ministerios Públicos se expiden por la confirmación de la decisión de grado.

V). Respuesta al recurso

V).1.- Facultades y límites jurisdiccionales del tribunal.

Resumidos los antecedentes del proceso, corresponde tratar los agravios proferidos en la apelación, debiendo recordar que el Tribunal de apelación se encuentra plenamente autorizado a hacer uso del principio *iura novit curia*, es decir, que el órgano ad quem no está limitado en su razonamiento ni por la argumentación del recurrente ni por la del Juez de Primera Instancia encontrando límite el poder jurisdiccional en la plataforma fáctica, los argumentos presentados en autos, y los agravios vertidos (STJER Sala Civil y Comercial in re "Villarreal Norma Ofelia y otra c/ Villareal Mónica Gabriela s/ Ordinario" del 5/6/14).

Por cuanto "El órgano ad-quem no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tiene el a-quo. Inclusive, el juez de apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia" (Loutayf Ranea Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil". Pág. 118 Nota 20, jurisprudencia allí citada, Astrea, Bs. As., 1989).

Siendo limitado el Tribunal revisor en sus poderes por la ley procesal al impedirle fallar sobre cuestiones no propuestas al Juez de primera instancia (art.265 CPCCER).

V).2.- Tratamiento de los agravios

El centro de la disputa pasa por la constitucionalidad de la ley provincial N°10867. Se demandó invocando la violación del derecho a la libertad de trabajo y comercio y el derecho a la igualdad. La queja radica en que el fallo es incongruente y arbitrario en tanto no analiza las posturas de las partes; soslaya la prueba pericial y además omite analizar las actuales circunstancias y modalidades de venta, con lo cual la norma cuestionada ni siquiera tiene una plataforma fáctica real para regular.

Veamos la cuestión desde lo medular, esta ley pretende proteger la salud, principalmente de los niños, de los efectos nocivos que provoca la obesidad derivada, entre otras, según se señala en los fundamentos, del consumo excesivo de productos ultraprocesados.

La ley 10867 dispone la prohibición de venta en supermercados, hipermercados y farmacias, luego define lo que es un alimento ultraprocesado.

Lo primero que se debe señalar es que en este caso se deben analizar desde el

plano constitucional dos aspectos, uno relacionado con el comercio y otro con la salud pública. Y de la conjunción de ambos están los alimentos cuya regulación está alcanzada por ambos temas.

La cuestión concerniente a la salud pública es concurrente entre el Estado Federal y los Estados miembros de la Federación, pero la regulación del comercio y la redacción de los códigos de fondo es una facultad delegada por las Provincias al Estado Nacional (art.75 inc.12 e inc.13 Constitución Nacional).

El origen de esta última norma fundamental es el texto claro de uno de los acuerdos previos a ella, llamados por la propia constitución como "Acuerdos Preexistentes", que es el acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852, convocado por Justo José de Urquiza y firmado por once de las catorce provincias ¹En este acuerdo en sus cláusulas "2" y "3" se sienta las bases del reparto de competencias relacionadas con el comercio interior y exterior expresando claramente la necesidad de unificarlo a nivel federal dada -y cito textual- **"una larga experiencia los funestos efectos que produce el sistema restrictivo seguido en algunas de ellas"**.

Disponen estos puntos del acuerdo:

"2. - Se declara que estando, en la actualidad, todas las provincias de la República en plena libertad y tranquilidad, ha llegado el caso previsto en el artículo 16 del precitado tratado, de arreglar por medio de un Congreso General Federativo la Administración General del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento de la República su crédito interior y exterior y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las provincias.

3. - Estando previsto en el artículo 9 del tratado referido los arbitrios que deben mejorar la condición del comercio interior y recíproco de las diversas provincias argentinas y habiéndose notado por una larga experiencia los funestos efectos que produce el sistema restrictivo seguido en algunas de ellas, queda establecido que los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera así

¹suscripto por Urquiza como Gobernador de la Provincia de Entre Ríos, y representando la de Catamarca, por Ley especial de esta Provincia; el Excmo. Señor Dr. D. Vicente López, Gobernador de la Provincia de Buenos Aires; el Excmo. Señor General D. Benjamín Virasoro, Gobernador de la Provincia de Corrientes; el Excmo. Señor General D. Pablo Lucero, Gobernador de la Provincia de San Luis; el Excmo. Señor General D. Nazario Benavides, Gobernador de la Provincia de San Juan; el Excmo. Señor General D. Ce

como los ganados de toda especie que pasen por el territorio de una provincia a otra serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transportan y que ningún derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio".

Es decir estuvo **bien en claro al momento de sancionar la Constitución Nacional cuál era la función del estado Federal en la uniformación del comercio interior**, y a lo largo de los años ello se ha ido consolidando.

En la actualidad no cabe dudas que las provincias y la nación concurren en la tutela de la salud de la población y la protección del consumidor; el tema es qué se puede hacer desde cada eslabón del poder.

Entonces lo determinante es observar si la regulación estadual puede afectar normas legales federales y supra legales.

Es claro que la ley en cuestión importa una restricción al comercio, fundada en la protección a la salud, principalmente de la niñez. Es evidente que proteger la salud de la población es un fin loable que legítimamente puede perseguir una norma, ahora cuando esa finalidad buscada recurre a restricciones que no tienen fundamentos o sólo los tienen en apariencia, ahí la cuestión cambia.

Veamos, el actor ejerce una actividad lícita, en un comercio habilitado por el municipio local y la provincia.

Además, vende productos lícitos, que son elaborados conforme la normativa que los regula por otras empresas que también lo hacen de forma lícita. Dentro de esa gama de productos están los alimenticios ultraprocesados, que son productos de venta legal, conforme la leyes y reglamentos nacionales.

Por otra parte es sabido que el consumo elevado, o constante, de productos ultraprocesados es perjudicial para la salud; eso creo que no puede dejar lugar a dudas.

Entonces desalentar su consumo es una medida razonable para evitar problemas de salud. La cuestión es ¿quién tiene la facultad para hacerlo? y ¿como se lo hace?

En nuestro país el control de los productos elaborados destinados a ser comercializados le corresponde a la nación, que es quien autoriza si un producto puede o no ser apto para el consumo humano; siendo el rol de las provincias y los municipios un control coadyuvante de éste (ej. ver si están vencidos, si son

productos autorizados, si se mantiene la cadena de frío, etc).

A nivel nacional el Código Alimentario Argentino, contiene una serie de disposiciones legales y reglamentarias que establecen como se deben producir y comercializar los alimentos.

Ninguna norma federal prohíbe totalmente la difusión, propaganda o marketing de productos ultraprocesados, tampoco se regula su forma de exhibición de los mismos en las góndolas o estantes de los comercios destinados a su venta.

Ahora bien, recientemente se adoptó la ley de etiquetado frontal, que siguiendo una política ya usada en otros países, lo que procura es proteger la salud desalentando en cierta medida el consumo de ciertos alimentos, mediante el aviso o recordatorio de las condiciones o calidad del alimento ultraprocesado o que contienen ciertos niveles de grasa, sodio etc.

Al analizar los breves fundamentos del proyecto legislativo que derivó en la Ley provincial aquí cuestionada, se observa que el mismo habla de prohibir la exhibición a tres metros de accesos, egresos, e igual distancia de los cajeros y filas de caja.

La norma no se sabe porqué terminó fijando 5 metros, pero lo llamativo de estos fundamentos es que más allá de buenas intenciones, de sus afirmaciones dogmáticas de protección de la salud, no explica (menos la norma) en base a qué estudios, estadísticas, o siquiera da una estimación aproximada sacada de una simple comprobación, como el hecho de regular la venta de esta forma a los supermercados y no hacerlo con almacenes, mercados pequeños, venta ambulante, en cines, parques, kioscos (ni los escolares siquiera), etc.; puede llevar a la protección de la salud de la población.

A ver preguntémosnos: ¿cuánto aportan los alimentos que se exponen en las filas de la caja a la obesidad y cuánto los que no están en ellas como las gaseosas, harinas, azúcar blanca, por ejemplo?, ¿Cuánto se compra por niño o por persona en la fila de caja de supermercados y cuánto en otros lugares?, ¿cuánto es el consumo de comida chatarra en otros lugares, sea el domicilio particular o comercios gastronómicos, y cuánto influye cada uno de ellos en la obesidad? ¿Existe algún estudio en la provincia sobre el consumo real y concreto del sobrepeso y enfermedades generadas por la mala alimentación?, ¿en la matrícula escolar se enseñan buenos hábitos alimentarios y qué efectos concreto tiene esto?, ¿hay campañas de concientización del Estado que son obstaculizadas por la venta de estos alimentos en supermercados?. ¿Es posible que la educación que un niño reciba

en su casa se vea frustrada por exhibir en un cajero una golosina o un snack?.

La respuesta es una sola en todos los casos, no lo sabemos. Porque nada de ello se dice en los fundamentos, ni en la norma.

No hay un solo dato en concreto que diga porqué, la venta de esa forma lleva a los menores a querer comprar más de estos productos, ni menos aún porqué los padres o responsables de ellos no pueden ejercer su responsabilidad parental en este tema.

Por el contrario, analizando el informe pericial -soslayado en todos los aspectos de forma infundada en la sentencia apelada-, expresa la Ingeniera en Alimentos, Sra.Torales:

Ante al pregunta "Si el consumo promedio que se deriva de la adquisición de alimentos y bebidas ultra-procesados en hipermercados representa una verdadera amenaza para las personas".

Respuesta "No hay elementos objetivos que permitan responder el punto de pericia de manera total, ya que no se puede asegurarse que el consumo de alimentos y bebidas ultraprocesados adquiridos en hipermercados representen una verdadera amenaza para las personas, porque esto depende individualmente de los consumidores, donde debe tenerse en cuenta la edad, hábitos, tipo de alimentación, estado de salud entre otros factores como así también las cantidades consumidas, la frecuencia entre consumos y si es de manera habitual o esporádica".

Otra pregunta que debió responder fue "3) Si existe cierto umbral por debajo del cual la ingesta de alimentos y bebidas ultraprocesados no supone un verdadero riesgo para la salud. "

Y la Respuesta pericial fue:

"No se puede definir un umbral por debajo del cual la ingesta de alimentos y bebidas ultraprocesados no supone un verdadero riesgo para la salud. Ya que hasta los alimentos sin procesar o mínimamente procesados (huevo, maní, lácteos, crustáceos, nueces, entre otros) pueden contener alérgenos que sean un riesgo para la salud de algunos consumidores. El riesgo para la salud por consumo de todo tipo de alimentos depende individualmente de los consumidores, donde debe tenerse en cuenta alergias alimentarias, la edad, hábitos, tipo de alimentación, estado de salud entre otros factores como así

también las cantidades consumidas, la frecuencia entre consumos y si es de manera habitual o esporádica.

Según el del Código alimentario argentino:

Artículo 6 : A los efectos de este Código se establecen las siguientes definiciones:

2. Alimento: toda substancia o mezcla de substancias naturales o elaboradas que ingeridas por el hombre aporten a su organismo los materiales y la energía necesarios para el desarrollo de sus procesos biológicos. La designación "alimento" incluye además las substancias o mezclas de substancias que se ingieren por hábito, costumbres, o como coadyuvantes, tengan o no valor nutritivo.

4. Alimento genuino o normal: Se entiende el que, respondiendo a las especificaciones reglamentarias, no contenga sustancias no autorizadas ni agregados que configuren una adulteración y se expendan bajo la denominación y rotulados legales, sin indicaciones, signos o dibujos que puedan engañar respecto a su origen, naturaleza y calidad.

Y continúa diciendo:

"Es la autoridad sanitaria quien define si un alimento supone un verdadero riesgo para la salud, un alimento que proviene de un establecimiento habilitado con RNE vigente, y tiene un número de registro de producto alimenticio RNPA, es porque el ICAB (Instituto de Control de Alimentación y Bromatología) quien es el órgano de aplicación del CAA en Entre Ríos o la autoridad sanitaria de cada provincia en nuestro país, aprobó dicho alimento para que sea producido, comercializado y por ende consumido. De esto se puede interpretar que es responsabilidad de los consumidores el buen uso de los alimentos."

Todos estos elementos aportados por la pericial no fueron tenidos en cuenta por el sentenciante, quien sin mayores fundamentos se apartó de los mismos, y aludió a la legitimidad de la provincia para regular el consumo de los mismos, invocando un fallo de la CS, que no alude al caso.

Cuando la demanda claramente expresa que se viola la igualdad y el derecho a comerciar, en tanto la norma adolece de fundamentos que la sustenten, y nada de ello se dijo en la resolución cuestionada, en eso le asiste razón al apelante, el fallo es incongruente.

Además claramente la norma demuestra por parte del estado provincial un reconocimiento de su fracaso en la política educativa, al estar implícitamente admitiendo que los niños no reciben en la escuela la educación alimentaria adecuada, ni tampoco en sus familias; ello dado que presuponen que no sabrán elegir entre alimentos saludables u otros de menor virtudes.

Tampoco se da una explicación seria de porqué, los supermercados deben tener un tratamiento distinto a otros lugares, incluso con una empresa que se dedique a la venta de comidas rápidas, gaseosas, helados (que son productos de alto contenido en azúcar), etc.

La norma provincial así expuesta fija un instrumento limitante del comercio, que al no tener sustento en fundamentos serios resulta inadecuado al fin supuestamente pretendido.

Cabe decir que solo una provincia (Neuquén) reguló de esta forma y ninguna más lo ha hecho (fuente infoleg), tomando medidas de concientización mediante la disposición de cartelería como ocurre en Río Negro (Ley 5067), o la Ley de Góndolas saludables de Tierra del Fuego, que obliga a tener dentro de la oferta alimentaria productos saludables, principalmente los elaborados en la provincia (LEY 1354), ninguna de éstas prohíbe ni restringe con ninguna modalidad la venta de ultraprocesados. Es más, en el derecho comparado (occidental) no hemos encontrado normas similares, siendo consecuentemente esta regulación una verdadera excentricidad legal.

En cambio sí existe, al igual que en nuestro país, en varios países regulado el etiquetado de los productos, y también algunas fuertes campañas alertando en contra del consumo de comida chatarra, y de los alimentos ultraprocesados

Parecería que la norma tiene un argumento no escrito que es pensar que los niños (mal educados por el estado y sus familias en hábitos alimenticios) se "tientan" -al igual que los adultos- en las filas de caja de los supermercados y farmacias (y no lo hacen en otros lugares) y que los padres "irresponsablemente" le compran productos ultraprocesados que son dañinos y, que la mejor solución para evitar eso, es que los menores "no vean" los productos. Tratar de evitar que los alimentos se vean en las cajas, como mecanismo de protección de la salud es tan absurdo como exigir que los negocios o restaurantes de ventas de hamburguesas o panchos, las pizzerías, tengan sus vidrieras tapiadas para que los niños y demás personas no se "tienten" al pasar frente a los mismos.

Si existen mecanismos que generen alguna actitud de engaño hacia los consumidores, derivados del hecho de poner estos productos en la fila de caja, principalmente en los que son menores de edad; eso no está expresado en la norma, ni en sus fundamentos, no se cita un solo estudio, ni estadística, ni informe, ni paper, ni nada de nada; solo manifestaciones bien intencionadas pero huérfanas de fundamentos en cuanto a la efectividad y racionalidad de la medida aplicada a un sector del comercio. Ni tampoco se dice nada de ello en la contestación de la demanda.

Hoy la Nación Argentina ha regulado los envases con el conocido sistema de "los octógonos" (basada en la clasificación NOVA de alimentos) que sí resulta más adecuada, porque en el producto mismo está de forma clara la información nutricional, que puede o no, ser leído pero que sirve siempre como recordatorio.

Estamos ante un claro caso de violación del derecho a la igualdad ante la ley (isonomía), y explico porqué.

El principio de isonomía debe primar a la hora de regular una ley, y no solo es un deber impuesto al aplicador de la ley (David Araujo Luiz Alberto vid Araujo Luiz Alberto y Nunes Júnior Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional, Verbatim pag pag.162).

Si se fija un tratamiento desigual ante la ley, diferenciando lo que se conoce como "igualdad de los iguales", éste puede admitirse como mecanismo de consolidación de la isonomía, pero ello no sucede en el presente como se verá.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones, es decir, igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias (CSJN, sentencia del año 1944, "Nuevo Banco Italiano vs. Municipalidad de la Capital, Fallos 200-424 . CSJN, 1-10-53, Fallos 227-25, L.L. 73-433 y J.A. 1954-I-379; Id., 22-7-54, Fallos 229-428, y L.L. 76-103.)

Por lo tanto, ello significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y condiciones (CSJN, 20-10-81, Fallos 303:1580; Id., 20-5-82, Fallos 304:710).

La expresión "en iguales circunstancias" marca el carácter relativo del postulado. Por ello, como todos los derechos civiles, la igualdad no tiene carácter absoluto sino relativo, y como surge del art. 14 de la Constitución Nacional, admite reglamentación por parte de la ley, siempre que tal reglamentación no altere su verdadero significado (art. 28 Const. Nac.) Los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere

sustancialmente, a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28) (CSJN, 23-2-99, "Nowinsky", Rep.E.D. 34-248, n° 14; Id., 18-11-99, "Cena vs. Pcia. de Santa Fe", Rep.E.D. 35-403, n° 9).

Es posible, entonces, que la ley cree categorías o grupos a los que se dé trato diferente, a condición de que el criterio utilizado para discriminar sea "razonable" y no arbitrario (CSJN, 16-8-76, Fallos 295:754; Id., 23-4-87, E.D. 126-330; Id., 9-6-87, E.D. 125-488).

Así se ha dicho, "Las distinciones establecidas por el legislador son valederas en tanto no sean irrazonables o inspiradas en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio a persona o grupos de personas" (CSJN, 21-8-73, L.L. 152-207, y J.A. 1973-20-3; Id., 13-8-74, E.D. 60-461; Id., 1-2-2002, E.D. 196-622).

La garantía de igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, en tanto las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas (CSJN, 5-10-75, E.D. 65-157).

La garantía de la igualdad no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetivos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen en forma distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo (CSJN, 5-8-76, E.D. 69-340).

Esta diferenciación por lo menos requiere del respeto de los siguientes elementos que lo implementen para hacerlo válido:

- a) el factor adoptado como criterio discriminatorio,
- b) correlación lógica entre el factor discriminatorio y el tratamiento jurídico atribuido frente a la desigualdad apuntada,
- c) afinidad entre la correlación apuntada en el ítem anterior y los valores protegidos por nuestro ordenamiento constitucional.

De esta forma ni un elemento en sí, puede ser tenido como válido o inválido para la verificación de la isonomía (Bandeira de Mello Celso Antonio; Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Malheiros, citado por David Araujo Luiz Alberto vid Araujo Luiz Alberto y Nunes Júnior Vidal Serrano, Curso de Direito Constitucional, Verbatim pág.163).

La igualdad ante la ley exige que se reconozca paridad de derechos a todos aquellos cuya situación en los hechos sea semejante (art. 16 Const. Nac.) (CSJN, 23-9-

76, E.D. 69-190), y en esta norma no existe un solo dato relevante, que permita sostener el trato discriminatorio entre comercios por el tamaño de su explotación (caso que nos convoca) o por tratarse de una farmacia.

La propia CSJN, ha sostenido que son inconstitucionales las desigualdades arbitrarias, y "no es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales" (CSJN, sentencia del año 1928, "Don Eugenio Díaz Vélez vs. La Provincia de Buenos Aires", Fallos 151-359), para llegar a una nivelación o equilibrio de los desiguales.

Es por ello que se suele hablar de *soluciones de igualdad por compensación* o de *discriminación positiva*; pero no estamos aquí ante un supuesto de ese tipo; dado que no se restringe el comercio para igualar a desiguales.

Aquí el legislador local dice que lo hace para proteger la salud, pero no existe una "*correlación lógica entre el factor discriminatorio y el tratamiento jurídico atribuido frente a la desigualdad apuntada*" y la "*afinidad entre esta correlación y los valores protegidos por el ordenamiento constitucional*"; no existe una relación entre los medios y los fines invocados; y en la forma en que se redactó no es otra cosa que una discriminación "ad hominem" (por la condición personal de tener un supermercado o una farmacia), que se manifiesta en este caso por el solo hecho de tener determinado tamaño o característica de un local comercial, ni siquiera se basa en volumen de venta o clientela, lo que resulta a la vista un trato desigualitario infundado y consecuentemente inconstitucional.

Por otra parte afecta además el derecho a ejercer el comercio y el derecho a trabajar (art.14 CN) y el derecho patrimonial (art.17 CN). En efecto vemos que ese trato discriminatorio como ha señalado el actor le impide cumplir con contratos de proveedores, y afecta su estrategia de venta, que conforme reseñó el testigo Bello, la empresa compensa las ofertas con otros precios que le permiten sostener al estabilidad del rendimiento económico del negocio. Es decir se afecta su libertad de comerciar.

La Constitución nacional dice en el **Art. 14**: "*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir*

del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".

Y para la plena vigencia de estos derechos y tornar operativa las mismas contiene una garantía en el art. 28, Const. Nac.: "*Los principios, garantías y **derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio***". Y como bien se señala en la demanda es precisamente para situaciones como las que aquí se verifican donde por medio de normativa reglamentaria se termine desvirtuando el espíritu de estos derechos, implicando una clara afectación de su ejercicio propio.

En este caso con el aparente pretexto de defender la salud se vulnera el derecho al libre comercio "suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios" (ley 24.240, art. 5º), debiendo extremarse el celo en la instalación de cosas y/o prestación de servicios riesgosos y comercializarlos conforme a "los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos" (ley citada, art. 6º) (Rosatti Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, T.I. SF, Rubinzal).

Aquí la provincia no realiza un control de calidad, que conforme lo explica Rosatti "El control de calidad es un método por el cual se procura asegurar que los bienes y servicios que se colocan en el mercado sean técnicamente aptos para cumplir con el objetivo que proclaman y no sean riesgosos en los términos de su correcta utilización para la salud y la seguridad de los usuarios o consumidores. El control de eficiencia se vincula con el logro de la maximización de la aptitud de un bien o servicio en orden a su finalidad, en términos de durabilidad, confiabilidad y relación costo-beneficio para usuarios y consumidores.

Las normas y los mecanismos de control de calidad deben ser regulados u homologados por el Estado. El ejercicio concreto de control de calidad puede ser realizado por el Estado o, en su defecto, cuando es privado, debe ser autorizado y evaluado por el Estado (Rosatti op.cit.)

Sino que a productos cuyo control de calidad ya ha sido efectuado y su comercialización habilitada por la autoridad sanitaria, la provincia prohíbe una modalidad de su venta, con fundamento solo aparente, dado que carece de fundamentos que lo sustente como se explicó.

En esta línea podemos citar a Gelli que en relación a la reglamentación de los derecho explica "Así, en la Constitución argentina, dos principios normativos imponen límites al poder reglamentador: el principio de privacidad del art. 19, que resguarda un núcleo de decisión personal propio y ajeno a la intromisión del Estado, y el principio de razonabilidad del art. 28 que impide alterar los derechos en ejercicio de la función reglamentaria, aun en tiempos de crisis y emergencias.

Sin embargo, aun con la existencia de los mencionados principios se mantiene la cuestión ríspida de los límites al poder reglamentario, cuando se invocan razones de emergencia de cualquier tipo en las cuales la reglamentación se convierte en regulación, entendida ésta como una limitación más fuerte en el ejercicio de los derechos" (Gelli María Angelica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, BA, La Ley).

Explicando más adelante que "Así como no es absoluto el ejercicio de los derechos, tampoco es ilimitada la reglamentación que de ellos efectúe el poder estatal. El Estado, pues, está sujeto a un doble control de constitucionalidad en ejercicio de su función reglamentaria; aquél debe cumplir con el debido proceso adjetivo y con el debido proceso sustantivo.

El debido proceso sustantivo requiere que el contenido material de la limitación sea razonable y no altere los derechos y garantías reglamentados.

Quien examina el cumplimiento de ambos recaudos en los casos concretos es el Poder Judicial y, en última instancia, la Corte Suprema de Justicia" (Gelli, op.cit).

Por otra parte la norma provincial, avanza sobre la competencia federal al definir qué es un alimento ultraprocesado, categoría que le corresponde al Código Alimentario Argentino, o alguna norma nacional que lo integre.

Otro agravio es que la ley no se ajusta a la realidad que pretende regular.

Este argumento que trae el recurre, es que no existe la realidad fáctica que se pretende regular dado que post pandemia cambió la forma en que se hace la cola de caja, manteniendo una distancia de caja, es decir se venden de otra forma los productos: Si bien eso no ha sido contradicho a pesar de ser incorporado con posterioridad como argumento, cabe decir que salvo por la prueba testimonial no hay otro elemento para sostenerlo.

Lo que sí parece relevante del testimonio del ex gerente de la sucursal es el hecho de que exprese que, jamás tuvo una inspección por este tema, cosa que

parece creíble en tanto es de público y notorio que en los supermercados se sigue vendiendo productos alimenticios ultraprocesados de esta forma.

Es decir que estamos en presencia de una norma que carece de aplicación, no hay dato alguno siquiera de su reglamentación.

La ley atacada contradice normas legales federales.

Esto es así pues peor de males, esta ley se mantuvo a pesar de que a nivel nacional se reguló con la ley n° Ley 27642, lo concerniente al ETIQUETADO FRONTAL de productos alimenticios.

La cual establece *que sus objetivos son*

Artículo 1º- Objeto. La presente ley tiene por objeto:

a) Garantizar el derecho a la salud y a una alimentación adecuada a través de la promoción de una alimentación saludable, brindando información nutricional simple y comprensible de los alimentos envasados y bebidas alcohólicas, para promover la toma de decisiones asertivas y activas, y resguardar los derechos de las consumidoras y los consumidores;

b) Advertir a consumidoras y consumidores sobre los excesos de componentes como azúcares, sodio, grasas saturadas, grasas totales y calorías, a partir de información clara, oportuna y veraz en atención a los artículos 4º y 5º de la ley 24.240, de Defensa al Consumidor;

c) Promover la prevención de la malnutrición en la población y la reducción de enfermedades crónicas no transmisibles".

Y luego trae la descripción de cómo funciona el sistema de "Octógonos" y dispone de prohibiciones sobre la publicidad de estos productos, pero de ninguna parte surge la prohibición de venta, o la modalidad de venta en los supermercados.

Estas son las medidas reglamentarias que LA AUTORIDAD PERTINENTE ha dispuesto para los alimentos ULTRAPROCESADOS, y demuestran la irrazonabilidad e ilegitimidad de la norma provincial.

Aclaración referente al fallo apelado

El caso judicial que se invoca en la sentencia apelada "Nobleza Piccardo SAICyF c Santa Fe Provincia" del 17/10/2015, no guarda en absoluto relación con el presente, dado que la norma provincial allí involucrada relacionada con el tabaquismo claramente afectaba a todos los operadores por igual porque prohíbe la publicidad, y de redundancia prohíbe la venta ilegal, e incluso regula el consumo en lugares públicos, es decir que apunta a otra realidad.

Allí la prohibición de hacer publicidad mediante la acción de fumar se aplicó a todos, con lo cual no se viola el principio de igualdad, y sólo a esa acción, con lo cual tampoco se prohibieron otras formas de publicidad es decir no se afectó la actividad comercial.

Debemos recordar que la teoría del precedente indica que son los hechos los que deben ser equiparables para invocar lo resuelto en un caso como un antecedente válido y no los fundamentos tomados de forma aislada

Quienes más han trabajado la idea del "Precedente" son los juristas anglosajones, dado el sistema judicial que poseen (Common Law); según Mac Cormick y Summeres, estamos ante un precedente cuando estamos en presencia de "decisiones previas que funcionan como MODELOS DE DECISIONES FUTURAS" (citados por el profesor chileno Couso Salas Jaime en "el rol uniformador de la Sala Penal del Corte Suprema: anatomía de un fracaso" Revista de Derecho Vol XXX N°2 versión digital).

Ahora bien, explican estos juristas, que solo será "precedente" aquella parte de la decisión que sea vinculante en el caso presente, lo que se denomina la "ratio decidendi" (Reino Unido) o Holding" o "Rule" (EEUU), es decir aquella parte "que por su semejanza con el caso actual viene al caso, es decir debe ser tenida en cuenta en el razonamiento judicial" pero esa semejanza deriva de los HECHOS SEMEJANTES.

Así las cosas, hay precedente en sentido estricto cuando la ratio decidendi, o razones o reglas fijadas antes por el tribunal, se aplican al caso bajo análisis por su semejanza fáctica

Hago hincapié en esta cuestión pues el fallo apelado se sostuvo jurídicamente exclusivamente en este fallo de la CSJN que no viene al caso.

Una cosa es citar casos que derivan de juicios donde los hechos no son exactamente iguales al que se analiza pero que, igualmente resulta oportuno mencionar, dado que los fundamentos (ratio decidendi) de los mismos constituyen la *doctrina judicial* imperante en la CSJN, tal como hicimos al analizar la violación del derecho a la igualdad donde citamos dicha *doctrina judicial*, ya que es esperable que si tuvieran que expedirse en el presente conflicto lo haría siguiendo la lógica de otros asimilables; y otra es resolver exclusivamente un caso presente basándose en el razonamiento de un antecedente que no es tal.

Apelación de honorarios

Si el voto es compartido, se torna abstracto el mismo dado el resultado de este recurso, debiendo procederse a formular nuevas regulaciones.

Conclusión:

Por todo lo expuesto corresponde admitir el recurso de apelación y declarar la INCONSTITUCIONALIDAD de la LEY N°10867 de la Provincia de Entre Ríos, por los fundamentos expuestos en los considerandos, e Imponer las costas de ambas instancias a la demandada

Así voto.

A la misma cuestión el Dr. Virgilio Alejandro Galanti dijo:

1.- Me voy a permitir disentir respetuosamente con la opinión de mi distinguido Colega preopinante. Los antecedentes del caso ya se encuentran relatados pormenorizadamente, motivo por el cual no volveré sobre ello.

2.- No creo que la norma dictada en ejercicio del poder de policía sanitario buscando la preservación de la salud de niños, niñas y adolescentes pueda ser reputada inconstitucional.

a) Tradicionalmente, y como bien lo pone de resalto la representante del Ministerio Público Fiscal en su dictamen, se ha dicho que la sanción de inconstitucionalidad reclama una imprescindible gravedad en el vicio de la norma que conlleve a la sanción aludida. La declaración de inconstitucionalidad es una pena extrema reservada a casos excepcionales, la última *ratio* del orden jurídico (Fallos 200, 180 y 247, 387, CSJN.), debiendo prevalecer una interpretación conciliadora de las normas en juego, frente a aquella que anule o invalide la disposición atacada. La CSJN siempre sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser ejercida con suma cautela y excepcionalidad...no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, fallos:315:923 (Conf. Manili, Pablo Luis, "Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado", Tomo VI, págs. 494/495, La Ley, año 2021).

b) Pero además, en una situación como la presente, el análisis de los principios contenidos en las normas no puede hacerse en modo aislado, esto es si se halla afectado el derecho del libre comercio o el ejercicio de una industria lícita (art. 14 CN), dado que en realidad si bien estos principios constitucionales son indiscutiblemente relevantes, en el caso también se ponen en valor otros principios constitucionales trascendentes como la salud de los consumidores (vulnerables e hipervulnerables), y en particular de niños, niñas y adolescentes (sujetos de especial

tutela en el ordenamiento jurídico constitucional y convencional a través del interés superior de estos). Y por ello estos deben ser, en la medida de lo posible, armonizados en favor de la subsistencia de ambos.

Se ha dicho que "los principios considerados en soledad, siempre comprenden meramente un requerimiento prima facie. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio relativo a los requerimientos de otros principios surge de la ponderación. Por lo tanto la ponderación es la forma específica de la aplicación de los principios" (Conf. Alexy, Robert, "Argumentación, Derechos Humanos y Justicia", págs. 27/28, Colección Filosofía del Derecho, Serie Diálogos, Ed. Astrea, AAFD, DPI Cuántico, año 2017).

De lo que se trata entonces es ver si estos principios pueden convivir o si uno de éstos afecta de tal manera al otro innecesaria o injustificadamente, llevándolo a una situación de incompatibilidad que merezca la declaración de inconstitucionalidad pretendida. En otras palabras si la balanza se halla demasiado inclinada en favor de uno que anule al otro sin que ello sea imprescindible.

En las presentes, la búsqueda de la salud de los consumidores no genera ni una afectación grave y ni siquiera moderada, a lo sumo leve del libre comercio e industria lícita. Y tal sacrificio -mínimo-, del libre comercio e industria, se justifica en función de la salud, especialmente de niños, niñas y adolescentes.

En efecto, lo que el legislador busca con la norma provincial n° 10867, y tal como se advierte de sus fundamentos, es contribuir con mejores hábitos, evitando el consumo de azúcares. Y ello se busca evitando que el consumidor, que inicialmente no tiene por objetivo adquirir los mismos, se vea inducido por estar haciendo cola o esperando en un determinado lugar (cola de las cajas) rodeado de aquellos.

Y por ello la Ley no plantea -lo aclara en sus fundamentos- eliminar los ultraprocesados, sino apuntar a un consumo medido, tuitivo de la salud y más de los niños.

Y por ende el objetivo buscado se halla claramente justificado, y el medio empleado luce razonable. No se advierte que afecte severamente el derecho al libre comercio o industria lícita de supermercados, hiper, etc, dado que los mismos pueden vender los mismos más allá de los 5 metros, en ámbitos donde el consumidor se dirige intencionalmente a ellos, los busca y los adquiere, sin que se los pongan detenidamente por delante. Pero además en los lugares cercanos a las

cajas, los comercios aludidos pueden vender otros productos que en gran cantidad poseen, sin que se haya demostrado claramente cuál es la pérdida que sufren por ello. La descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el juicio quede palmariamente demostrado que provoca a alguna de las partes un perjuicio suficientemente grave, debiendo la actividad probatoria del afectado evidenciar esta situación constitucionalmente intolerable.

Es decir, que no se afecta el libre comercio, y tan solo se lo restringe en un modo muy leve, y equilibrado en razón de la salud de los consumidores, especialmente de niños, niñas y adolescentes, remitiéndome respecto a esto último a las diferentes consideraciones que formula al respecto el Ministerio Público de la Defensa.

Respecto a la prueba colectada en la causa, la más importante es a mi entender, el informe agregado en autos el día 9/12/21 de la Lic. Evelyn Baraballe, Referente Alimentación Saludable Coordinación de ECNT, del Ministerio de Salud de Entre Ríos, ello, pues proviene del organismo gubernamental específico y da fundadas razones, con citas bibliográficas diversas, que avala la vigencia de la Ley.

Transcribo un par de afirmaciones -hay muchas más- que me parecen relevantes para el asunto.

Así dice dicho informe:

- "En primer lugar debemos destacar que, desde la perspectiva de derechos humanos, el Estado tiene un rol esencial en garantizar la protección del derecho a la salud, a la alimentación adecuada y al agua, en particular la de niñeces y adolescencias. En este sentido, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, garantizar es remover todos los obstáculos que impiden el goce pleno del derecho. El derecho a la salud y a la alimentación se encuentra indisolublemente unido al constituirse en derechos básicos, sin los cuales no se puede alcanzar un nivel de vida digno. El derecho a la alimentación adecuada está reconocido en diversos tratados internacionales, siendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el que lo trata de forma más integral (PISDEC ONU)."

- "El problema de la mala alimentación basada en el consumo de alimentos de baja calidad es, sin dudas, una de las principales preocupaciones de la salud pública. La alimentación no saludable genera riesgos para la salud, ya que ciertas prácticas alimentarias influyen directamente en la aparición de distintas formas de mal

nutrición"

- "Al comparar poblaciones según su edad, el patrón alimentario de NNyA es significativamente menos saludable que el de los adultos. Los NNyA consumen un 40% más de bebidas azucaradas, el doble de productos de pastelería o productos de copetín y el triple de golosinas respecto de los adultos. Este peor patrón alimentario entre los NNyA obedece probablemente a múltiples causas descriptas en la literatura, como el marketing dirigido a los niños, y entornos escolares obesogénicos, entre otros"

- "Hay amplia evidencia respecto de la influencia negativa que tiene la publicidad de alimentos y bebidas no saludables en el conocimiento y la valoración de los mismos, las preferencias de consumo, la calidad de la dieta y la salud de los niños y niñas"

- "Los resultados corroboran la influencia en el comportamiento de compra que tiene la publicidad de los alimentos, observándose que una cuarta parte de los adultos refirió haber comprado un producto porque lo vio en una publicidad solo en la última semana. También corrobora el efecto que la influencia de la publicidad tiene en los niños, y como éstos solicitan a los padres y consiguen que éstos les compren productos que vieron en una publicidad"

- "Diversas características nutricionales y metabólicas de los productos ultraprocesados son problemáticas, al igual que sus repercusiones sociales, culturales, económicas y ambientales, en especial cuando representan una proporción sustancial y cada vez mayor del suministro de alimentos y de la alimentación en los países. Estos alimentos son problemáticos para la salud humana por distintas razones: tienen una calidad nutricional muy mala y, por lo común, son extremadamente sabrosos, a veces hasta casi adictivos; imitan los alimentos y se los ve erróneamente como saludables; fomentan el consumo de snacks; se anuncian y comercializan de manera agresiva; y son cultural, social, económica y ambientalmente destructivos"

- "La Mercadotecnia, aplica estrategias de ventas que se basan en técnicas que incorporan los conocimientos de vanguardia sobre motivación del comportamiento según el psicoanálisis, el estudio de imágenes cerebrales y las ciencias del consumidor. Así pues, sus campañas de publicidad y mercadotecnia pueden explotar las creencias irracionales, los deseos y las ilusiones que socavan las decisiones racionales y el autocontrol.

- "La evidencia consistente acumulada en varios estudios de diferentes diseños y

realizados en diversas partes del mundo muestra que el consumo en exceso de productos comestibles ultraprocesados aumenta el riesgo de muerte prematura por todas las causas. Unc Global Food Research Program".

La pericia de la ingeniera en alimentos, puede tener algún valor probatorio aunque no es definitorio, no solo pues en este tipo de asuntos son organismos idóneos los que brindan informes, tal como el antes aludido, máxime si se trata de analizar si una ley es o no adecuada. Ley que es fruto de un proceso previo de análisis en comisiones, de asesorías internas de los legisladores, y finalmente del poder de policía legislativo del Estado Provincial, que para ser puesto en tela de juicio requiere una demostración contundente de su equívoco.

Pero además de ello dicha pericia, estimo reafirma la conveniencia de la ley, pues si bien no señala con contundencia que tales alimentos sean origen de determinadas enfermedades, condiciona ello a los hábitos alimenticios, frecuencia de consumo, etc, que es lo que la Ley busca. La Ley no prohíbe estos alimentos ni su comercio, sino que ataca el mecanismo de inducción al consumo desmedido, a la postre un hábito no saludable. Y así entonces los principios de prevención y precaución justifican aventar ese riesgo.

Así, respondiendo a la pregunta de si "el consumo promedio que se deriva de la adquisición de alimentos y bebidas ultra procesados en hipermercados representa una verdadera amenaza para las personas" responde que "No hay elementos objetivos que permitan responder el punto de pericia de manera total, ya que no puede asegurarse que el consumo de alimentos y bebidas ultraprocesados adquiridos en hipermercados representen una verdadera amenaza para las personas, porque esto depende individualmente de los consumidores, donde debe tenerse en cuenta la edad, hábitos, tipo de alimentación, estado de salud entre otros factores como así también las cantidades consumidas, la frecuencia entre consumos y si es de manera habitual o esporádica".

Por todo ello estimo que la norma aludida supera el test de proporcionalidad de modo adecuado, no existiendo hasta aquí justificativo para su declaración de inconstitucionalidad.

c) En cuanto a la violación al derecho igualdad (art. 16CN), tampoco veo plasmada su transgresión, no solo pues la igualdad es igualdad entre iguales, sino porque es evidente que por ejemplo a un kiosco se concurre especialmente a la búsqueda de tales productos, tal como puede ocurrir en el super en la góndola

general. Es cambio la situación de cola en las cajas solo se da en los comercios específicamente comprendidos en la norma aludida.

Los corredores en que se dirige hacia las cajas, no se fue a buscar tales elementos, se está esperando para pagar, pero sin embargo se los coloca tentadoramente a la vista durante tiempo más o menos prolongado, lo que puede motivar en algunos consumidores la adquisición no premeditada de los mismos.

d) En cuanto a que sea la Dirección del Consumidor la que controla la norma es adecuado dado que es la más idónea en el punto, no siendo de ninguna manera ajena la salud al derecho del consumidor.

Dice la Dra. Kemelmajer "no tengo dudas sobre la estrecha relación del derecho a la salud como derecho humano, con el derecho de los consumidores. Así lo marca la propia C.I.D.H.. Por ejemplo en el caso "Ximenes Lopez v. Brasil" del 4/7/06, reconoce expresamente la vulnerabilidad de toda persona enferma". (Kemelmajer de carlucci, Aida en "Derecho del Consumidor", Directores Stiglitz, Gabriel y Alvarez Larrondo, Federico, Ed. Hammurabi, año 2013, pág. 21).

e) Respecto a la ley de etiquetado son asuntos diferentes. Una aclara sobre los daños del productos y la otra busca intervenir en el mecanismo de consumo.

f) En cuanto al pedido de eximición de costas que plantea la parte actora, no puede prosperar, por cuanto la acción es desestimada, y en consecuencia, siendo las costas corolario del vencimiento (art. 65 y 66 del CPCC), y entendiendo la imposición de las costas no como una sanción sino como un resarcimiento de los gastos provocados, los mismos deben ser reembolsados (cfr. esta Sala: "Rodríguez Norma B. c/ Rodríguez Jose María s/ Medida cautelar prohibicion de innovar", Nº 8613, 19/09/2016; "Folmer José Raimundo - Concurso preventivo s/ Incidente de revisión (A.F.I.P.)", Nº 6803, 21/10/2011).

No se advierten en autos, razones para apartarse del principio general de condena en costas al vencido, establecido en el art. 65 del C.P.C.C. Es que, no puede válidamente el accionante intentar ser beneficiado con la eximente del segundo párrafo de dicho artículo, en tanto, como se señaló supra, dio origen al planteo finalmente rechazado, no advirtiéndose razones que autoricen a eximir total o parcialmente de costas.

En ese sentido, la doctrina ha manifestado que para eximir de costas al perdidoso la razón probable para litigar debe estar avalada por elementos objetivos de apreciación de los que se infiera la misma sin lugar a dudas (cfr. Gozaini,

Oswaldo, Costas Procesales, pág. 123), no surgiendo, se reitera, de las constancias obrantes en la causa, que se configuren los supuestos de excepción que permitan apartarse del principio general.

g) Finalmente tengo en cuenta -y comparto- lo dictaminado tanto por la representante del Ministerio Fiscal como la del Ministerio de la Defensa, quienes en sendas intervenciones proponen se mantenga el texto legal y el rechazo del recurso.

Por ello propicio el rechazo del recurso con costas a la recurrente vencida.

3.- Por último, corresponde tratar el recurso de apelación de los honorarios deducido por el Sr. Fiscal de Estado, a los que considera bajos.

Por ello, considerando las pautas dadas por los arts. 3, 29, 93 y cctes. de la ley 7046, se concluye que los honorarios resultan bajos, debiendo procederse a efectuar una nueva regulación, la que se calcula conforme el valor actual del jurista, en la suma de \$1.568.000.

Así voto.

La Dra. María Valentina G. Ramírez Amable dijo: Que adhiere al voto del Dr. Galanti en virtud de compartir sus fundamentos.

Con lo que no siendo para más, se da por terminado el acto quedando acordada la siguiente

S E N T E N C I A :

Paraná, 9 de febrero de 2024.

Y V I S T O S :

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, se

R E S U E L V E :

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 14/04/2023.

2º) Costas de Alzada al recurrente vencido, art. 65 CPCC.

3º) Dejar sin efecto los honorarios regulados en 14/04/2023, al Dr. Julio César Rodríguez Signes, los que se fijan en la suma de de Pesos Un millón quinientos sesenta y ocho mil (\$1.568.000,00), arts. 3, 93 y cctes. de la ley 7046.

4º) Regular los honorarios de Alzada a los Dres. Julio César Rodríguez Signes y Emilio Federico Moro, en las respectivas sumas de Pesos Setecientos ochenta y cuatro mil (\$784.000,00) y Quinientos cuarenta y ocho mil ochocientos (\$548.800,00), arts. 3, 64 Ley 7046.

Regístrese, notifíquese conforme arts. 1 y 4 Acordada 15/18 SNE, y en estado,

bajen.

Firmado digitalmente por: **Andrés Manuel Marfil**

Firmado digitalmente por: **Virgilio Alejandro Galanti**

Firmado digitalmente por: **María Valentina G. Ramírez Amable**

Ante mí:

Firmado digitalmente por: **Sandra Alicia Ciarrocca - Secretaria de Cámara**

Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos:

Art. 28*: NOTIFICACION DE TODA REGULACION.

Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art.114".-

Art. 114*: PAGO DE HONORARIOS.

Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenidos por escrito, cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que quede fijado definitivamente su instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres Jueces y Tribunales.-

Firmado digitalmente por: **Sandra Alicia Ciarrocca - Secretaria de Cámara**

Jdo. origen: Civil y Comercial Nº5 - Paraná