

InDret

No se fuma por contrato

Comentario a la SAP de Barcelona, Sección 1^a, de 1.12.2003

*África Pulgar Ross, Oscar, Carlos y Olga Carramiñana Pulgar v. Altadis
S.A.*

Juan Antonio Ruiz García
Cuatrecasas Abogados

Working Paper nº: 200
Barcelona, enero de 2004
www.indret.com

1. Introducción

La litigación del tabaco en España es muy reciente si la comparamos con la acaecida en los EE.UU. La primera demanda presentada en España por responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco data de enero de 1998 (precisamente el caso que ocupa este comentario) y no hay todavía decisión alguna del Tribunal Supremo en esta materia.

Pero de los nueve casos planteados hasta la fecha, enero de 2004, podemos deducir ya algunas características:

En primer lugar, encontramos dos tipos de demandantes:

1. Particulares: individuos o asociaciones que solicitan indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades presuntamente causadas por el consumo de tabaco o, en su caso, por la muerte del fumador.
2. Pùblicos: entidades pùblicas sanitarias que solicitan el reembolso de los gastos incurridos por el tratamiento de enfermedades relacionadas con el tabaco

En segundo lugar, todos ellos han ejercido sus pretensiones ante el orden jurisdiccional civil y han coincidido en demandar a las principales compañías tabaqueras que operan en España.

En tercer lugar, se aprecian dos olas de litigación, diferenciadas por la estrategia defensiva planteada por los demandados y los fundamentos jurídicos utilizados por los tribunales para rechazar aquellas demandas:

1. En la primera, (1998-2001), los demandados principalmente alegaron en su defensa la falta de relación de causalidad entre la enfermedad o muerte del fumador y el consumo de tabaco, y la asunción voluntaria del riesgo por parte del fumador, dado que es un hecho notorio y por todos conocido que el tabaco es un factor de riesgo sobre la salud. Los juzgadores, con base en estas teorías, desestimaron las demandas.
2. En la segunda ola, (2001 - hasta la fecha), y además de lo anterior, los demandados han alegado la falta de competencia de los tribunales civiles para entrar a conocer de estas demandas. Puesto que el tabaco fue un monopolio estatal -con algunos matices (Juan Antonio RUIZ y Pablo SALVADOR, *El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil I*, InDret 2002)- hasta 1998, y que todos los fumadores que ahora plantean demandas comenzaron a fumar antes de esa fecha, el estado español también debe ser demandado. Así, dada la intervención y participación directa de la Administración en la explotación del tabaco, ésta debe ser traída al procedimiento. Siguiendo este razonamiento y en aplicación de

las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre competencia de jurisdicción, ésta correspondería a los tribunales del orden contencioso-administrativo, por lo que la mayor parte de los jueces civiles han estimado su incompetencia jurisdiccional.

2. Antecedentes de hecho

El caso que ocupa este comentario participa de algunas de las características comunes indicadas aunque, como suele suceder, las tiene propias y exclusivas.

El Sr. D. Emilio Carramiñana Puig, marido y padre de los actores y fumador de tres paquetes diarios de *Ducados* durante los últimos 20 años de su vida, falleció el 19 de noviembre de 1993 de cáncer de pulmón.

Casi cuatro años y dos meses después, el 15 de enero de 1998, su viuda y sus hijos demandaron a ALTADIS (antes Tabacalera) ante los tribunales civiles de Barcelona por entender que la enfermedad que provocó la muerte de su marido y padre había sido causal y directamente producida por su adicción y consumo de tabaco.

En su demanda:

- Alegaron la existencia de una relación contractual (contrato de adhesión) entre el demandado y el fallecido, y basaron su acción en los arts. 1254, 1258 y 1101 del Código Civil.
- Sostuvieron la existencia de una relación causal y directa entre la enfermedad y su adicción al tabaco.
- Indicaron que la cláusula “Las Autoridades Sanitarias advierten que el tabaco perjudica a la salud” no deber ser tenida en cuenta porque, al tratarse de un contrato de adhesión, esta cláusula tendría que estar expresamente aceptada y firmada por el consumidor.
- Pusieron de manifiesto que el tabaco, al generar adicción, anula la facultad volitiva del cliente adicto.
- Y terminaron cuantificando los daños y perjuicios psicológicos y morales irrogados en 360.000 euros, a razón de 90.000 euros por actor.

En su contestación, la demandada alegó:

- Falta de relación de causalidad directa y exclusiva entre el cáncer de pulmón del Sr. Carramiñana y su consumo de tabaco, ya que su enfermedad se puede deber a otras causas (genéticas o ambientales).
- Que el producto se elaboró de conformidad con la normativa (imperativa) vigente.
- Que desde la década de los 60 se ha informado a través de los medio de comunicación de los efectos del tabaco. Ello, unido al mensaje impreso en las cajetillas desde 1982, provoca que el actor no pueda invocar desconocimiento del tema ni defecto de información.
- La inexistencia de relación contractual alguna entre ALTADIS y el Sr. Carramiñana, ya que por ley (art. 4.5 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabaco y Normativa Tributaria) ni los fabricantes ni los distribuidores mayoristas podrán ser titulares de una expendedería de tabaco y timbre (estancos) ni ostentan autorizaciones de puntos de venta con recargo, por lo que ALTADIS ni directa ni indirectamente vendió a la víctima paquete de tabaco alguno.
- Subsidiariamente, y para el caso de que el juzgador entendiera ejercitada una acción de responsabilidad extracontractual, realizó una serie de alegaciones, principalmente falta de relación de causalidad y asunción voluntaria de un riesgo conocido.

3. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, de 2 de marzo de 2001

La Ilma. Sra. Carolina Fons Rodríguez, Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, dictó sentencia el 2 de marzo de 2001 por la que desestimó íntegramente la demanda y condenó en costas a la parte actora.

En primer lugar, apreció una relación contractual entre ALTADIS y el fumador, si bien este contrato no lo consideró de adhesión sino similar a la compraventa:

"[De acuerdo] con una interpretación laxa, flexible, sin atender a criterios rigurosos (...), pese a necesitar la demandada el entramado de estancos o puntos de venta con recargo para completar la cadena de operaciones hasta la venta de las labores de tabaco al público, concurren entre las partes los tres elementos que identifican el contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC). Así, respecto al consentimiento, hay concurso entre la oferta y la aceptación del tabaco, pues ALTADIS fabrica o distribuye a fin de que el mismo llegue al consumidor minorista con independencia de los intermediarios que se requieren (art. 1262 CC). Igualmente, hay objeto y causa, integrado el primero por el tabaco y la segunda por el precio pagado por cada cajetilla (arts. 1271 y 1274 CC (...)). Ahora bien, lo que ya supone un exceso en la hermenéutica de los contratos es calificarlo como de adhesión, entre otros, porque se trata de una relación jurídico-compleja en la

que intervienen varias partes, entre otras, el Estado como titular del monopolio de la venta del tabaco a los consumidores con lo que en parte, dicho negocio jurídico se halla reglado teniendo, mas bien, la relación contractual entre el fumador y ALTADIS una naturaleza similar al negocio jurídico de la compraventa". (F.J.3).

Y en segundo lugar, entendió que ALTADIS no incurrió en responsabilidad contractual alguna con base en el 1101 CC, porque (i) no se ha podido demostrar la relación directa y exclusiva de causalidad entre el hábito del consumo de tabaco y el cáncer de pulmón padecido por el Sr. Carramiñana, y (ii) éste conocía que el tabaco es un factor de riesgo para la salud:

"No se ha logrado demostrar que la causa directa y exclusiva de la muerte del Sr. Carramiñana fuera la de su adicción al tabaco (...). Así, la evidencia epidemiológica se acepta como criterio de causalidad, pero sería más riguroso hablar de factor de riesgo (...) Y aparecen otros factores ambientales, contaminantes o genéticos que pueden ser de influencia en la enfermedad padecida por el Sr. Carramiñana. Pero es que además (...), el tabaco es una sustancia legal con advertencia de peligro en la cajetilla desde hace casi 20 años, los medios de comunicación (prensa, radio, televisión), desde la década de los años 60 (...) advierten que fumar puede ser perjudicial para la salud, por tanto, es un hecho notorio y conocido que el tabaco puede ser un factor de riesgo que puede generar determinadas enfermedades, especialmente si se consume en exceso (...). Esta opción personal, en la que consiste fumar, tendría que asumirse con responsabilidad y mesura".

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 1 de diciembre de 2003

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte actora, en cuyo recurso insistió de nuevo en el carácter contractual de la relación y solicitó de la Audiencia la revocación de la sentencia de instancia, además de por los motivos alegados en su demanda, por los siguientes argumentos:

- ALTADIS ha incumplido con la obligación legal que le impone la defensa de la salud de sus clientes.
- Se debe invertir la carga de la prueba y presumir que la actuación de ALTADIS es culposa, al haberse acreditado que la causa de la muerte del Sr. Carramiñana fue un adenocarcinoma de pulmón y que este se había originado como consecuencia del consumo de tabaco.
- Los peligros que el consumo de tabaco genera para el particular deben desplazarse a quien los suministra, que es también quien obtiene el beneficio.
- El tabaco genera adicción y anula la facultad volitiva del cliente-adicto, sin que la demandada advierta de este hecho.

Por su parte, ALTADIS impugnó la sentencia en el sentido de solicitar que la relación se declare como de tipo extracontractual.

La mayoría de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona discrepó de la ponencia inicial de esta sentencia, por lo que la presidenta de la sección asumió la redacción de la misma y el ponente originario (Ilmo. Sr. D. Antonio P. Nuño de la Rosa y Amores) redactó un voto particular a la misma.

La sentencia resuelve en primer lugar el carácter de la relación -contractual o extracontractual- entre el fumador y la compañía tabaquera, y considera que no hubo relación contractual alguna entre ALTADIS y el Sr. Carramiñana, sino entre éste y los diferentes estancos o puntos de venta donde adquirió tabaco:

"[N]o existió vínculo contractual alguno entre el esposo de la actora y la entidad demanda, sino que la relación contractual, que se perfeccionó con la compra del tabaco y el pago del precio, se concertó con la expendeduría o expendedurías de tabaco a las que el adquirente hubiera acudido, conformándose y consumándose tantas ventas como actos adquisitivos se hubieran realizado.

La condición de mayorista distribuidora de labores de tabaco que ostenta la demandada no le confiere el carácter de vendedora directa al consumidor ni cabe efectuar una vinculación entre la misma y el destinatario final del producto como pretende la parte apelante, toda vez que las relaciones contractuales se conciernen y solo obligan a aquellas personas que han tenido parte en las mismas (art. 1257 CC) (...)

Que no existe vínculo contractual lo refuerza aún más si cabe la especial legislación vigente en torno a las labores de tabaco, y en concreto, el art. 3 de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, de Monopolio Fiscal de Tabacos, conforme al cual «El monopolio de comercio al por menor de labores de tabaco se ejerce por el Estado a través de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre. Los expendedores de Tabaco y Timbre, que habrán de ser necesariamente personas físicas, son concesionarios del Estado y dependen del Ministerio de Economía y Hacienda», lo que evidencia la desconexión entre la actividad de la demandada y la venta directa de tabaco que, por disposición legal, se atribuye a los establecimientos indicados". (F.J. 2).

El empeño de la parte actora en configurar su pretensión como contractual tiene una consecuencia práctica indudable, como se encarga de destacar la propia Audiencia, esto es, el juego de los términos de prescripción. Así, si la acción ejercitada hubiera sido la de responsabilidad extracontractual, estaría condenada al fracaso por haber prescrito, dado que entre la muerte del Sr. Carramiñana y el ejercicio de dicha acción ha transcurrido más de un año, plazo dispuesto por el art. 1968.2 del Código Civil para el ejercicio de este tipo de acciones. En cambio, configurada como contractual, este plazo sería de 15 años, regulado en el art. 1964 del Código Civil.

Una vez decidido el carácter extracontractual de la relación entre el fumador y la compañía tabaquera, considera la mayoría de la Sala que la inexistencia de relación contractual no conlleva la liberación de ALTADIS de toda obligación, ya que la responsabilidad por la que se la demanda puede ubicarse, si concurren los requisitos para ello, dentro del ámbito de la responsabilidad

aquilliana, con base en el principio que se recoge en el art. 1902 del Código Civil. Y tratándose de valorar la actuación de un fabricante de un producto de cuyo uso se ha derivado un daño al consumidor o usuario, la jurisprudencia ha establecido la posibilidad de que la misma se fundamente en la negligencia en la fabricación o en la falta de información.

No obstante, y dado que la acción ejercitada por la actora sólo puede fundamentarse en una obligación de carácter extracontractual, el plazo para ello habría transcurrido y la acción estaría ya prescrita.

Constatada la prescripción de la acción, la Audiencia podría haberse detenido aquí y haber desestimado las pretensiones de la parte actora sin más consideraciones. Sin embargo, aprovecha la ocasión y entra en el fondo de la cuestión debatida.

Tras desestimar correctamente por razones de temporalidad la aplicación de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la Sala centra su análisis en la responsabilidad derivada de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y del art. 1902 del Código Civil.

Obsérvese que, de haber sido aplicable la Ley 22/1994, el plazo de prescripción también habría transcurrido, pues es de tres años (art. 12).

En cuanto a la primera, la Audiencia desestima toda responsabilidad de la compañía tabaquera con base en esta norma y excluye la responsabilidad objetiva de la demandada porque el tabaco es un producto que no entraría dentro del ámbito de protección de Ley 26/1984, referido a productos cuyo correcto uso no conlleva daño alguno. El tabaco, en cambio, es un producto de consumo tremadamente reglamentado cuyo correcto uso es perjudicial para la salud, esto es, la causación del daño es consustancial al propio producto. La Sala sin saberlo hace suyas las palabras de William Lloyd Prosser (1878-1972) contenidas en el comentario del § 402 A del antiguo *Restatement (Second) of Torts* de 1965 (hoy hay ya un tercero):

"[M]any products cannot possibly be made entirely safe for all consumption, and any food or drug necessarily involves some risk of harm (...). Good tobacco is not unreasonably dangerous merely because the effects of smoking may be harmful; but tobacco containing something like marijuana may be unreasonably dangerous" ..

Así, la Sala consideró:

"[E]l Sr. Carramiñana, (...) como tal consumidor, tiene derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud, a la información correcta sobre los diferentes productos o servicios, y a la educación y divulgación para facilitar su adecuado uso, consumo o disfrute (art. 2 a) y d) de la Ley 26/1984.

Ahora bien, (...) cuando el legislador refiere tales derechos los relaciona con productos destinados al consumo que, por su propia naturaleza, no pueden conllevar daño (...).

En cambio, el suministro y venta de las labores de tabaco responde a parámetros bien diferentes, en la medida en que el indicado producto es, en sí mismo, perjudicial para la salud, hecho notorio que no precisa de prueba alguna y que así fue declarado en el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, en cuyo artículo primero se dispuso lo siguiente: «De acuerdo con lo establecido en el art. 25.2 de la Ley General de Sanidad, se declara al tabaco sustancia nociva para la salud de la persona», por lo que si pese a ello su venta esta autorizada y reglamentada, las consecuencias dañinas que se deriven de su uso normal no quedan protegidas por el principio de responsabilidad objetiva que establece el art. 25 del texto legal indicado, ni son de aplicación las disposiciones de los artículos 27 y 28 porque lo que aquí se discute no es que el tabaco adquirido por D. Emilio estuviera en malas condiciones, o no hubiera superado los controles de calidad, sino la obligación de la demandada de asumir el riesgo que, en si mismo y por su propia naturaleza, supone el tabaco para la salud del consumidor» (F.J. 3).

En cuanto a la responsabilidad derivada del art. 1902 del Código Civil, y tras analizar los tres requisitos que los magistrados consideran necesarios para su aplicación (una actuación negligente imputable a ALTADIS, un resultado dañoso, y una relación de causalidad entre aquella conducta negligente y el resultado dañoso producido), concluye que ni el primero ni el tercero concurren en este caso, por lo que ALTADIS tampoco ha incurrido en ninguna responsabilidad derivada del art. 1902 del Código Civil.

En cuanto al primer elemento, la mayoría de la Sala considera que ALTADIS no incurrió en negligencia, pues actuó siempre con estricto cumplimiento de la normativa administrativa en cuanto al suministro y advertencias en productos de tabaco, cuyo correcto uso es perjudicial para la salud.

“Actuación negligente imputable a la demandada: la referida actuación no puede derivar del suministro de un producto dañino para la salud porque tal suministro está legalizado y aunque es cierto que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no exime del deber de responder del daño si, pese a todo, se produce, el referido criterio no tiene ningún sentido y no puede ser aplicado cuando la causación del daño es consustancial al producto, de manera que, en tanto su venta esté permitida, del hecho único de su venta no puede derivarse responsabilidad para la entidad que, acogiéndose a la ley, proceda a su suministro.

La indicada responsabilidad sólo podría predicarse en el caso de que hubiera incumplido el deber general de información (...) que contempla la legislación protectora de los consumidores y el específico ordenado para la venta de tabaco. El primero no se incumple porque las cajetillas de tabaco no ofrecen duda alguna acerca de su contenido (...). Respecto al segundo, la información específica relativa a las consecuencias dañinas para la salud, establecida imperativamente en España desde el Real Decreto 709/1982, de 5 de marzo, hasta el más reciente de junio de 1994, ha sido cumplida por la demandada. (...) La demandada ha cumplido con las obligaciones indicadas por cuanto es un hecho admitido en la litis y conocido por todos que las cajetillas de tabaco suministradas por la misma llevan inscritas las advertencias exigidas, aunque no la relativa a la adicción Ahora bien, no estimamos que esta omisión deba conllevar la declaración de responsabilidad que se pretende, no sólo porque esta exigencia no está exigida reglamentariamente, y ya hemos indicado la importancia que tiene en esta materia la regulación administrativa, sino porque como las advertencias insertas en las cajetillas son lo suficientemente contundentes y explícitas y no tenemos fundamento alguno

para pensar que la referencia a la adicción pudiera ser determinante en la conducta de los consumidores para alejarles del hábito del tabaco y conseguir lo que ninguna otra de las advertencias efectuadas ha logrado" (F.J. 4).

En cuanto al segundo, realidad del daño, es claro que el Sr. Carramiñana falleció víctima de un adenocarcinoma de pulmón.

Y en cuanto al tercero, considera que no hay relación de causalidad entre la conducta omisiva de la demandada, esto es, no advertir que el tabaco crea adicción, y el resultado dañoso consistente en la muerte del Sr. Carramiñana por cáncer de pulmón.

"Nexo de causalidad entre la conducta omisiva y el daño: (...) el referido nexo de causalidad debe darse entre la conducta omisiva que se atribuye a la demandada (el no advertir que el tabaco crea adicción) y el resultado dañoso consistente en la muerte del paciente por consecuencia de un adenocarcinoma de pulmón, en el bien entendido que tal nexo de causalidad ha de basarse en el principio de causación adecuada.

No creemos, en cambio, que el referido nexo deba predicarse entre el suministro de tabaco y el resultado dañoso [dadas] las características esencialmente dañinas del producto y la imposibilidad de un uso inocuo del mismo". (F.J. 4).

Por último, recurre la mayoría de la Sala a uno de los criterios de imputación objetiva más utilizados en casos como el que nos ocupa: la asunción voluntaria de un riesgo conocido por el fumador.

"En cualquier caso, atendidas las advertencias que constan en el producto y la información general existente sobre los efectos nocivos del tabaco, de la que se vienen haciendo eco los medios de comunicación desde los años sesenta, la decisión de consumirlo constituye un acto que pertenece a la esfera de libertad de la persona". (F.J. 4).

Por todo ello, la Sala desestima la demanda de los actores y absuelve a ALTADIS de toda responsabilidad, si bien la Sala, y sin que los actores lo hubieran solicitado expresamente, revoca la condena en costas de la primera instancia y no impone costas en esta segunda, estimando parcialmente el recurso de los actores, únicamente en el punto referente a costas.

5. Voto particular dictado por el magistrado Ilmo. Sr. D. Antonio P. Nuño de la Rosa y Amores frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 1 de diciembre de 2003

El magistrado Ilmo. Sr. D. Antonio P. Nuño de la Rosa y Amores, disconforme con el parecer mayoritario de la Sala, puso un voto particular a la sentencia acabada de reseñar.

En el mismo, el magistrado discrepante considera que la relación entre ALTADIS y el Sr. Carramiñana es contractual y se encuadra dentro del contrato de compraventa y de adhesión:

"Entiendo que cualquier ciudadano al adquirir una labor de cigarrillos en un estanco perfecciona y consuma un contrato de compraventa de un consumible (tabaco) a cambio de un precio cierto (ex artículo 1445 y siguientes del Código Civil). **El hecho de que el vendedor sea el Estado o la Administración ya per se ya a través de concesionarios tinta ese negocio civil con una indudable impronta administrativa.** Además, cabe hablar de contrato de adhesión y normado por cuanto las labores, su precio y controles de calidad vienen reglados e impuestos por el vendedor. Pero indudablemente **la Administración o si se quiere el Estado** no actúa en el ejercicio estricto de su función administrativa ni regla una actividad del ciudadano sino que **se insinúa e incide en el mercado como productor de un determinado bien mueble que vende con ánimo de lucro.** Ni siquiera cabe hablar de que se trate de dotar a la población de un servicio público o de que el precio que se exige por las labores sea de tipo político. **Vende la Administración o su concesionaria a través de una red de establecimientos igualmente prefijados con finalidad eminentemente lucrativa.** (...) **el Estado ejerce el monopolio de comercio al por menor y por lo tanto los expendedores de tabaco son meros concesionarios de una actividad comercial que por razones de política económica el estado se reserva para si.** Esa Ley [Ley 38/1995, de 22 de noviembre, de Monopolio Fiscal de Tabacos] **norma la actuación administrativa del Estado como vendedor en plan monopolista del tabaco.** Pero el desarrollo de esa actividad implica una operativa económico jurídica a través del contrato de compraventa que produce los efectos y consecuencias predicables con carácter general de todo tipo de obligaciones contractuales. Quien adquiere tabaco es un comprador, no un administrado sujeto a una normativa iuspublicista. Nos hallamos en el ámbito del Derecho Civil que concibe las relaciones entre contratantes considerados en principio como iguales".

En el fundamento acabado de transcribir el magistrado identifica sin lugar a dudas a la Administración con ALTADIS. De hecho, en ningún momento del voto menciona a la demandada como fabricante, vendedora o suministradora del producto, o parte del contrato suscrito por el Sr. Carramiñana, sino que las referencias son continuas a la Administración y al Estado. Ello es un reconocimiento más de la implicación del Estado en todo lo relativo a la fabricación, distribución y comercialización del tabaco. De aquí debería deducir el magistrado que la Administración tendría que estar demandada y que la jurisdicción competente debe ser, pues, la contencioso-administrativa, aunque, en un quiebro formal, el voto deja esta vía y minimiza la participación del Estado.

En nuestra opinión, la interposición de la Administración del Estado no es formal sino muy sustancial: si la demandada hubiera podido vender el producto sin la intermediación pública, lo habría hecho por un precio inferior (recordemos que el 73% del precio de cada cajetilla corresponde a impuestos) y, sin duda alguna, habría vendido mucho más. A la estricta reglamentación (imperativa) y al hasta hace poco monopolio estatal en la fabricación, comercialización y distribución, se añade el aspecto relativo al precio de venta del producto, pues el Estado español –como la mayoría en la Unión Europea- participa en más de los dos tercios del precio de venta del producto –Directiva 92/79/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos (Diario Oficial n° L 316 de 31/10/1992 p. 0008 – 0009), que dispone que el porcentaje

mínimo total sobre los cigarrillos no puede ser inferior al 70%). Por todo ello, debería estar entre los demandados.



Source: Corrao MA, Guindon GE, Sharma N, Shokoohi DF. (eds.) [Tobacco Control Country Profiles. American Cancer Society, 2000](#). <http://www1.worldbank.org/tobacco/countrybrief.asp>

Con base en la relación contractual, considera el magistrado que el vendedor incumplió sus obligaciones de información y prevención y que ello abre la vía de responsabilidad contractual. En todo caso, termina su consideración recurriendo a la teoría de la “unidad de culpa civil”, de lo que concluye que la acción no ha prescrito. Así:

“Entiendo que pueden discutirse las consecuencias de un **irregular cumplimiento de la obligación contractual en el sentido de una indebida prestación en cuanto a la naturaleza y calidad del objeto vendido y particularmente en lo referente a las obligaciones de información y prevención del vendedor que propician una frustración del negocio al dar un *alio pro alio*, puesto que supuestamente vende un producto para el placer y sin embargo a la vez dispensa un producto de grave riesgo para la salud sin prevenir en la forma que pudiera serle exigible**. Y al abrigo de esa culpa o contravención de la obligación, se trae a colación la jurisprudencia que ha matizado que la denominada culpa extracontractual empresarial salvo cuando aquel está ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor. Y **en supuestos en que a los daños ocasionados al usuario consumidor estriban en la falta de necesaria instrucción o información o en hipótesis de inadecuación de tal información, se abre la posibilidad de que mediando como aquí ocurre una compraventa, se admita una solución contractual y no una solución con base en la culpa aquiliana (...).** En última instancia, habría que estar a la teoría unitaria de la culpa que entiende que en supuestos en que puedan concurrir tanto la contractual como la extracontractual opta el perjudicado. En último caso, se produce un concurso de normas pero no se deriva una incompatibilidad de acciones ya que la

pretensión última del perjudicado es la de ser indemnizado en base al hecho en que funda su pretensión. Como lógico corolario, no cabría acoger la excepción perentoria de la prescripción (...)".

Tras haber aceptado la no aplicación de la Ley 22/1994, recordar el efecto cuanto menos indirecto de la Directiva 85/374 -norma de la que trae causa la Ley acabada de mencionar-, y afirmar la aplicación de la Ley 26/1984, el magistrado extrae una consecuencia radicalmente opuesta a la aceptada por la mayoría de la Sala. Así, el hecho de que el producto cumpla los requisitos legales no concede a su fabricante patente de corso para exonerarse de todo tipo de responsabilidad. Los derechos reconocidos en aquélla ley también se aplican a productos como el tabaco.

"La solución que trata de extraer la Sala es la siguiente: toda vez que legalmente se ha calificado como nocivo el producto, queda exonerado el fabricante y distribuidor de responsabilidad una vez cumpla los parámetros de calidad, información y seguridad fijados en sede administrativa. Disiento pues por cuanto las exigencias de la Ley de Defensa del Consumidor también son predicables cuando media un contrato de compraventa. Y por otro lado debe ponderarse que la legalidad de un producto en el sentido de cumplimiento de los requisitos administrativos no implica per se la exoneración de toda responsabilidad porque ello lleva a equiparar la licitud formal con la exoneración de responsabilidad en sede civil. Si incluso en la culpa aquiliana el cumplimiento de las normas reglamentarias, la adecuación de la actividad al protocolo, no exonera de la exigencia de responsabilidad, mucho menos en el teatro del incumplimiento de la obligación contractual puede producirse ese efecto en un cierto sentido perverso".

Por ello, y tras admitir que ALTADIS ha cumplido con las exigencias administrativas mínimas, estima el magistrado disidente que ésta ha faltado al principio de buena fe que deben presidir las relaciones contractuales, y ello porque, siendo consciente de los problemas que crea la adicción, debería haber incluido esta advertencia cuando suministraba el tabaco, y no lo ha hecho, siendo las advertencias que se insertaban en las cajetillas equívocas puesto que no se afirmaba con rotundidad lo nocivo del hábito de fumar.

Por lo tanto **ha cumplido con la exigencia administrativa mínima**. Pero de esa relación de compraventa y ateniéndonos a la buena fe que deben presidir las relaciones contractuales, era exigible a la vendedora que al tiempote suministrar el tabaco que comercializaba, consciente de los problemas que se derivaban de la adicción, lo hubiera significado en sus labores. Las advertencias que se insertaban en las cajetillas que compró el difunto Sr. Carramiñana eran de una parte equívocas (puesto que conforme al Decreto 5-3-82 sólo se advertía en las cajetillas que "el uso del tabaco puede ser perjudicial para la salud"). (...) **Pero el peligro fundamental no deviene tanto del consumo de tabaco como de la adicción que éste crea**. Y a lo largo de los años en que el difunto Sr. Carramiñana compra tabaco no se le advierte de tal posibilidad de adicción sin que valga la excusa consistente en que los nocivos efectos del tabaquismo son de conocimiento público y notorio. (...) conforme a la teoría de los efectos del contrato, en combinación con la del riesgo empresarial, **cabe reprochar el negligente proceder del que se deriva el daño más que al fumador que no controla su vicio como consecuencia de su adicción, a la tabacalera que lo posibilita y no extrema su deber de información avisando de forma rotunda de las consecuencias de la adicción y sus peligros**".

Pero esta tesis supone pasar por alto que la normativa que regula las advertencias que deben incluirse en las cajetillas es imperativa y que las compañías tabaqueras carecen de margen de discrecionalidad sobre el contenido de las mismas.

Ahora bien, el voto intuye perfectamente el núcleo del problema y, pese a las enormes diferencias entre el sistema de derecho daños, las normas sociales, el sistema impositivo y la regulación normativa americana y española, acierta a importar a España las razones de fondo de la tercera ola de litigación del tabaco en EE.UU., cual es apuntar al fraude u ocultación dolosa de los riesgos conocidos de productos intrínsecamente peligrosos, ocultación que exigiría probar que el fabricante conocía el carácter perjudicial y extremadamente adictivo del producto, aunque en España todo ello está mediatisado por la estricta regulación estatal y la participación pública en el negocio del tabaco.

Del mismo modo, el magistrado da un paso más en la apreciación de la relación de causalidad, al afirmar que existe una inter-relación entre el hábito de fumar y el cáncer de pulmón, y que la asunción voluntaria del riesgo no excluye la responsabilidad de la tabaquera, dado que ésta no informa del riesgo de la adicción.

"A la luz de la pericial y de la literatura médicas obrante en autos no cabe duda de la interrelación entre el hábito de fumar del Sr. Carramiñana y del cáncer de pulmón que acabó padeciendo. No cabe excusar la falta de responsabilidad en una opción personal de los fumadores en general y del Sr. Carramiñana en particular, pues el libre albedrío conlleva que la asunción del riesgo sea fruto de un ponderado análisis de los inconvenientes y en el caso que nos ocupa faltó la vendedora al deber de informar sobre los peligros de la adicción del tabaquismo".

Por todo ello, en su voto particular condena a ALTADIS a indemnizar a los actores con 108.182,18 euros (27.054,54 euros a cada demandante), el 30% de lo demandado por los actores.