

InDret

No es fuma per contracte

Comentari a la SAP de Barcelona, Secció 1a, d'1.12.2003

*Àfrica Polze Ross, Oscar, Carlos i Olga Carramiñana Polze v. Altadis
SA*

Juan Antonio Ruiz García
Cuatrecasas Advocats

Working Paper núm.: 200
Barcelona, gener de 2004
www.indret.com

1. Introducció

La litigació del tabac a Espanya és molt recent si la comparem amb la produïda als EE.UU. La primera demanda presentada a Espanya per responsabilitat civil derivada del consum de tabac data de gener de 1998 (precisament el cas que ocupa aquest comentari) i encara no hi ha cap decisió del Tribunal Suprem en aquesta matèria.

No obstant, dels nou casos que s'han plantejat fins avui, gener de 2004, ja es poden deduir algunes característiques:

En primer lloc, trobem dos tipus de demandants:

1. Particulars: individus o associacions que sol·liciten una indemnització pels danys i perjudicis derivats de malalties presumptament causades pel consum de tabac o, si escau, per la mort del fumador.
2. Públics: entitats públiques sanitàries que sol·liciten el reembossament de les despeses en què han incorregut pel tractament de malalties relacionades amb el tabac.

En segon lloc, tots ells han exercit les seves pretensions davant l'ordre jurisdiccional civil i han coincidit a demandar les principals companyies tabaqueres que operen a Espanya.

En tercer lloc, s'aprecien dues onades de litigació, diferenciades per l'estratègia defensiva plantejada pels demandats i pels fonaments jurídics utilitzats pels tribunals per rebutjar les demandes:

1. A la primera, (1998-2001), els demandats van al·legar en la seva defensa, principalment, la falta de relació de causalitat entre la malaltia o la mort del fumador i el consum de tabac, i l'assumpció voluntària del risc per part del fumador, atès que és un fet notori i conegut per tots que el tabac és un factor de risc sobre la salut. Els jutges, en base a aquestes teories, van desestimar les demandes.
2. A la segona onada, (2001 - fins avui), a més de l'anterior, els demandats han al·legat la falta de competència dels tribunals civils per entrar a conèixer aquestes demandes. Donat que el tabac fou un monopoli estatal –amb alguns matisos (Juan Antonio RUIZ i Pablo SALVADOR, *El plet del tabac als EE.UU. i la responsabilitat civil I*, InDret 2002)- fins a 1998, i que tots els fumadors que ara plantegen demandes havien començat a fumar abans d'aquesta data, l'Estat espanyol també s'ha de demandar. Així, donada la intervenció i participació directa de l'Administració en l'explotació del tabac, s'ha de dur al procediment. Seguint aquest raonament i en aplicació de les normes de la Llei Orgànica del Poder Judicial sobre competència de jurisdicció, aquesta correspondria als tribunals de l'ordre contenciós- administratiu, per la qual cosa la major part dels jutges civils han estimat la seva incompetència jurisdiccional.

2. Antecedents de fet

El cas que ocupa aquest comentari participa d'algunes de les característiques comunes indicades encara que, com sol succeir, en té de pròpies i exclusives.

El Sr. D. Emilio Carramiñana Puig, marit i pare dels actors i fumador de tres paquets diaris de *Ducados* durant els últims 20 anys de la seva vida, va morir el 19 de novembre de 1993 de càncer de pulmó.

Gairebé quatre anys i dos mesos després, el 15 de gener de 1998, la seva viuda i els seus fills van demandar ALTADIS (abans Tabacalera) davant els tribunals civils de Barcelona per entendre que la malaltia que havia provocat la mort del seu marit i pare havia estat causalment i directament produïda per la seva addicció i consum de tabac.

A la seva demanda:

- Van al·legar l'existència d'una relació contractual (contracte d'adhesió) entre el demandat i el mort, i van basar la seva acció en els arts. 1254, 1258 i 1101 del Codi Civil.
- Van sostenir l'existència d'una relació causal i directa entre la malaltia i la seva addicció al tabac.
- Van indicar que la clàusula "Les Autoritats Sanitàries adverteixen que el tabac perjudica la salut" no s'hauria de tenir en compte perquè, en estar davant un contracte d'adhesió, aquesta clàusula hauria de ser expressament acceptada i signada pel consumidor.
- Van posar de manifest que el tabac, en generar addicció, anul·la la facultat volitiva del client addicte.
- I van acabar quantificant els danys i perjudicis psicològics i morals produïts en 360.000 euros, en concepte de 90.000 euros per actor.

A la seva contestació, la demandada va al·legar:

- Falta de relació de causalitat directa i exclusiva entre el càncer de pulmó del Sr. Carramiñana i el seu consum de tabac, doncs la seva malaltia podia derivar d'altres causes (genètiques o ambientals).
- Que el producte es va elaborar de conformitat amb la normativa (imperativa) vigent.
- Que des de la dècada dels 60 s'ha informat a través dels mitjans de comunicació dels efectes del tabac. Això, juntament amb el missatge imprès als paquets des de 1982, fa que l'actor no pugui invocar desconeixement del tema ni defecte d'informació.

- La inexistència de cap relació contractual entre ALTADIS i el Sr. Carramiñana, doncs segons la llei (art. 4.5 de la Llei 13/1998, de 4 de maig, d'Ordenació del Mercat de Tabac i Normativa Tributària) ni els fabricants ni els distribuïdors majoristes poden ser titulars d'una expendria de tabac i timbre (estancs) ni ostenten autoritzacions de punts de venda amb recàrrec, per la qual cosa ALTADIS no va vendre a la víctima ni directa ni indirectament cap paquet de tabac.
- Subsidiàriament, i pel cas que el jutge considerés que s'exercita una acció de responsabilitat extracontractual, va realitzar una sèrie d'al·legacions, principalment la manca de relació de causalitat i l'assumpció voluntària d'un risc conegut.

3. Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 34 de Barcelona, de 2 de març de 2001

La Il·lma. Sra. Carolina Fons Rodríguez, Jutgessa del Jutjat de Primera Instància núm. 34 de Barcelona, va dictar una sentència el 2 de març de 2001 per la que va desestimar íntegrament la demanda i va condemnar en costes a la part actora.

En primer lloc, va apreciar una relació contractual entre ALTADIS i el fumador, si bé aquest contracte no fou qualificat com d'adhesió sinó com a semblant a una compravenda:

“[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).

I, en segon lloc, va entendre que ALTADIS no havia incorregut en cap responsabilitat contractual en base al 1101 CC, doncs (i) no s'havia pogut demostrar la relació directa i exclusiva de causalitat entre l'hàbit de consumir tabac i el càncer de pulmó patit pel Sr. Carramiñana, i (ii) aquest coneixia que el tabac era un factor de risc per la salut:

“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. Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Primera, d'1 de desembre de 2003

La sentència de primera instància fou recorreguda en apel·lació per la part actora, que va tornar a insistir en el caràcter contractual de la relació i va sol·licitar de l'Audiència la revocació de la sentència d'instància al·legant, a més dels motius esgrimits a la seva demanda, els següents arguments:

- ALTADIS ha incomplert l'obligació legal que l'imposa la defensa de la salut dels seus clients.
- S'ha d'invertir la càrrega de la prova i presumir que l'actuació d'ALTADIS és culposa, doncs s'ha acreditat que la causa de la mort del Sr. Carramiñana va ser un adenocarcinoma de pulmó que s'havia originat com a conseqüència del consum de tabac.
- Els perills que el consum de tabac genera al particular s'han de desplaçar a aquell que el subministra, que és qui també obté el benefici.
- El tabac genera addicció i anul·la la facultat volitiva del client- addicte, però la demandada no va advertir d'aquest fet.

D'altra banda, ALTADIS va impugnar la sentència en el sentit de sol·licitar que la relació es declarés com a extracontractual.

La majoria de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona va discrepar de la ponència inicial d'aquesta sentència, raó per la qual la presidenta de la secció va assumir la seva redacció i el ponent originari (Il·lm. Sr. D. Antonio P. Nuño de la Rosa i Amores) va redactar un vot particular.

La sentència resol en primer lloc el caràcter de la relació - contractual o extracontractual- entre el fumador i la companyia tabaquera, i considera que no va haver cap relació contractual entre ALTADIS i el Sr. Carramiñana, sinó entre aquest i els diferents estancs o punts de venda on va adquirir el tabac:

“[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 conciertan 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).

L'interès de la part actora en configurar la seva pretensió com a contractual té una conseqüència pràctica indubtable, com s'encarrega de destacar la pròpia Audiència, això és, el joc dels terminis de prescripció. Així, si l'acció exercida hagués estat la de responsabilitat extracontractual, estaria condemnada al fracàs perquè hauria prescrit, doncs entre la mort del Sr. Carramiñana i l'exercici de l'acció hauria transcorregut més d'un any, termini establert per l'art. 1968.2 del Codi Civil per a l'exercici d'aquest tipus d'accions. En canvi, si es configura com a contractual, aquest termini seria de 15 anys, tal com regula l'art. 1964 del Codi Civil.

Un cop decidit el caràcter extracontractual de la relació entre el fumador i la companyia tabaquera, la majoria de la Sala considera que la inexistència de relació contractual no comporta l'alliberament d'ALTADIS de qualsevol obligació, doncs la responsabilitat en base a la qual es demanda es pot ubicar, si concorren els requisits establerts, dins de l'àmbit de la responsabilitat aquil·liana, en base al principi recollit a l'art. 1902 del Codi Civil. I tractant-se de valorar l'actuació del fabricant d'un producte de l'ús del qual ha derivat un dany al consumidor o l'usuari, la jurisprudència ha establert la possibilitat que la mateixa es fonamenti en la negligència en la fabricació o en la falta d'informació.

No obstant això, i atès que l'acció exercida per l'actora només es pot fonamentar en una obligació de caràcter extracontractual, el termini hauria transcorregut i l'acció estaria prescrita.

Constatada la prescripció de l'acció, l'Audiència es podria haver detingut i podria haver desestimat les pretensions de la part actora sense més consideracions. No obstant, aprofita l'ocasió i entra en el fons de la qüestió debatuda.

Després de desestimar correctament per raons de temporalitat l'aplicació de la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilitat civil pels danys causats per productes defectuosos, la Sala centra el seu anàlisi en la responsabilitat derivada de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, i de l'art. 1902 del Codi Civil.

Tingui's en compte que, d'haver estat aplicable la Llei 22/1994, el termini de prescripció també hauria transcorregut, perquè és de tres anys (art. 12).

Pel que fa a la primera, l'Audiència desestima qualsevol responsabilitat de la companyia tabaquera en base a aquesta norma i exclou la responsabilitat objectiva de la demandada perquè el tabac és un producte que no entra dins de l'àmbit de protecció de Llei 26/1984, que es refereix a productes l'ús correcte dels quals no comporta cap dany. El tabac, en canvi, és un producte de consum molt reglamentat l'ús correcte del qual perjudica la salut, és a dir, la causació del dany és consubstancial al propi producte. La Sala fa seves sense saber-ho les paraules de William Lloyd Prosser (1878-1972) contingudes al comentari del § 402 A de l'antic *Restatement (Second) of Torts* de 1965 (avui ja hi ha un tercer):

"[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" ..

Així, la Sala va considerar:

"[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 dañosas 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).

Pel que fa a la responsabilitat derivada de l'art. 1902 del Codi Civil, i després d'analitzar els tres requisits que els magistrats consideren necessaris per a la seva aplicació (una actuació negligent imputable a ALTADIS, un resultat danyós, i una relació de causalitat entre aquella conducta negligent i el resultat danyós produït), conclou que ni el primer ni el tercer requisits concorren en aquest cas, per la qual cosa ALTADIS tampoc ha incorregut en cap responsabilitat derivada de l'art. 1902 del Codi Civil.

Respecte el primer element, la majoria de la Sala considera que ALTADIS no va incórrer en negligència, perquè sempre va actuar amb estricta compliment de la normativa administrativa en quant al subministrament i les advertències en productes de tabac, l'ús correcte del qual és perjudicial per la salut.

“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 eximen 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, acogándose 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 dañosas 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).

Pel que fa al segon, la realitat del dany, queda clar que el Sr. Carramiñana va morir víctima d'un adenocarcinoma de pulmó.

I pel que fa al tercer, considera que no hi ha relació de causalitat entre la conducta omissiva de la demandada, és a dir, entre el fet de no advertir que el tabac creï addicció, i el resultat danyós consistent en la mort del Sr. Carramiñana per càncer de pulmó.

“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).

Finalment, la majoria de la Sala recorre a un dels criteris d'imputació objectiva més utilitzats en casos com el que ens ocupa: l'assumpció voluntària pel fumador d'un risc conegut.

"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).

Per tot això, la Sala desestima la demanda dels actors i absol a ALTADIS de qualsevol responsabilitat, si bé la Sala, i sense que els actors ho haguessin sol·licitat expressament, revoca la condemna en costes de la primera instància i no imposa costes en aquesta segona, estimant parcialment el recurs dels actors, únicament en el punt referent a les costes.

5. Vot particular dictat pel magistrat Il·lm. Sr. D. Antonio P. Nuño de la Rosa i Amores enfront la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Primera, d'1 de desembre de 2003.

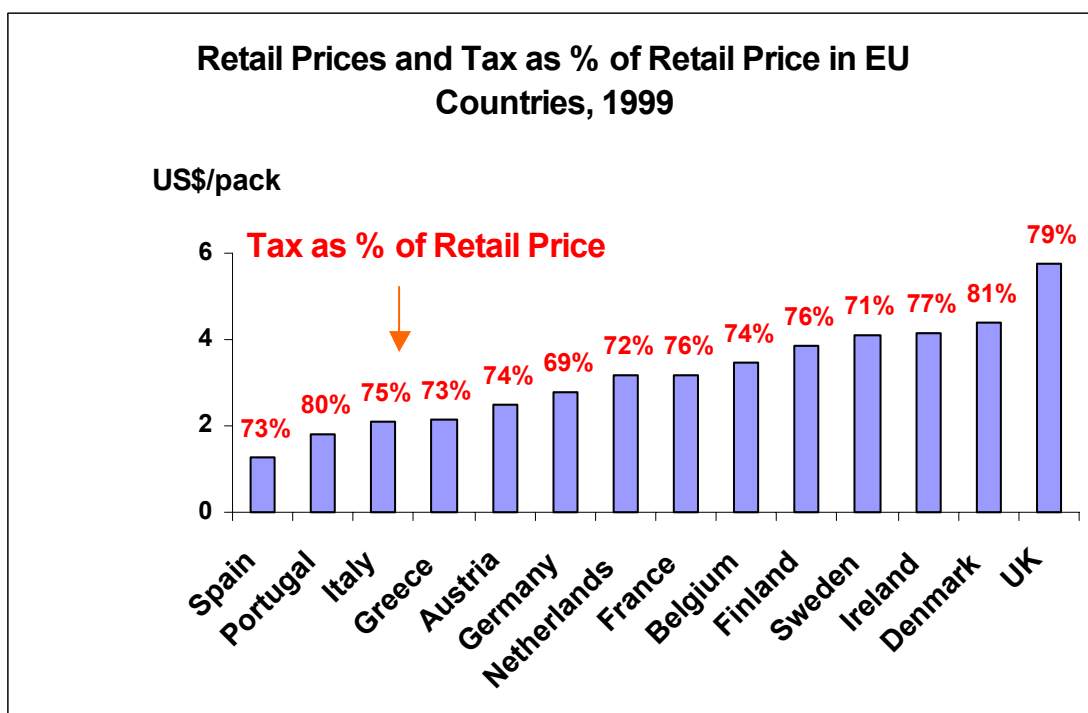
El magistrat Il·lm. Sr. D. Antonio P. Nuño de la Rosa i Amores, disconforme amb el parer majoritari de la Sala, va posar un vot particular a la sentència ressenyada.

En aquest, el magistrat discrepant considera que la relació entre ALTADIS i el Sr. Carramiñana és contractual i s'enquadra dins el contracte de compravenda i d'adhesió:

"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".

Al fonament acabat de transcriure el magistrat identifica, sense cap dubte, l'Administració amb ALTADIS. De fet, en cap moment del vot esmenta la demandada com a fabricant, venedora o subministradora del producte, o part del contracte subscrit pel Sr. Carramiñana, sinó que les referències són contínuament a l'Administració i a l'Estat. Això és un reconeixement més de la implicació de l'Estat en tot allò relatiu a la fabricació, la distribució i la comercialització del tabac. D'aquí el magistrat hauria de deduir que l'Administració s'ha de demandar i que la jurisdicció competent ha de ser, doncs, la contenciós- administrativa, si bé, en un trencament formal, el vot deixa aquesta via i minimitza la participació de l'Estat.

Segons la nostra opinió, la interposició de l'Administració de l'Estat no és formal sinó molt substancial: si la demandada hagués pogut vendre el producte sense la intermediació pública, ho hauria fet a un preu inferior (recordem que el 73% del preu de cada paquet correspon a impostos) i, sens dubte, hauria venut molt més. A l'estricta reglamentació (imperativa) i al fins fa poc monopoli estatal en la fabricació, comercialització i distribució, s'afegeix l'aspecte relatiu al preu de venda del producte, doncs l'Estat espanyol -com la majoria de països de la Unió Europea- participa en més dels dos terços del preu de venda del producte -Directiva 92/79/CEE del Consell, de 19 d'octubre de 1992, relativa a l'aproximació dels impostos sobre els cigarrets (Diari Oficial n° L 316 de 31/10/1992 p. 0008 - 0009), que disposa que el percentatge mínim total sobre els cigarrets no pot ser inferior al 70%). Per tot això, hauria d'estar entre els demandats.



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

El magistrat considera, en base a la relació contractual, que el venedor va incomplir les seves obligacions d'informació i de prevenció i que això obre la via de la responsabilitat contractual. En

tot cas, acaba la seva consideració recurrent a la teoria de la “unitat de la culpa civil”, d’on arriba a la conclusió que l’acció no ha prescrit. Així:

“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 (...).”

Després d'haver acceptat la inaplicació de la Llei 22/1994, haver recordat l'efecte encara que indirecte de la Directiva 85/374 - norma de la que deriva la Llei que s'acaba d'esmentar -, i haver afirmat l'aplicació de la Llei 26/1984, el magistrat extreu una conseqüència radicalment oposada a l'acceptada per la majoria de la Sala. Així, el fet que el producte compleixi els requisits legals no concedeix al seu fabricant una raó per exonerar-se de tota mena de responsabilitat. Els drets reconeguts en aquella llei també s'apliquen a productes com el tabac.

“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”.

Per això, i després d'admetre que ALTADIS ha complert amb les exigències administratives mínimes, el magistrat dissident estima que ha faltat al principi de bona fe que han de presidir les relacions contractuals, i això perquè, sent conscient dels problemes que crea l'addicció, hauria d'haver inclòs aquesta advertència quan subministrava el tabac, i no ho va fer, sent les advertències que s'inserien als paquets equívocues en no afirmar amb rotunditat la nocivitat de l'hàbit 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**”.

Però aquesta tesi suposa passar per alt que la normativa que regula les advertències que s'han d'incloure als paquets és imperativa i que les companyies tabaqueres no tenen un marge de discrecionalitat sobre el seu contingut.

Ara bé, el vot intueix perfectament el nucli del problema i, malgrat les enormes diferències entre el sistema del dret de danys, les normes socials, el sistema impositiu i la regulació normativa americana i espanyola, encerta a importar a Espanya les raons de fons de la tercera onada de litigació del tabac als EE.UU., que apunta al frau o l'ocultació dolosa dels riscos coneguts de productes intrínsecament perillosos, ocultació que exigiria provar que el fabricant coneixia el caràcter perjudicialment i extremadament addictiu del producte, si bé a Espanya tot això està mediatitzat per l'estricta regulació estatal i la participació pública al negoci del tabac.

De la mateixa manera, el magistrat dóna un pas més en l'apreciació de la relació de causalitat, en afirmar que hi ha una interrelació entre l'hàbit de fumar i el càncer de pulmó, i que l'assumpció voluntària del risc no exclou la responsabilitat de la tabaquera, atès que aquesta no informa del risc de l'addicció.

“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”.

Per tot això, al seu vot particular condemna a ALTADIS a indemnitzar els actors amb 108.182,18 euros (27.054,54 euros a cada demandant), el 30% d'allò demanat pels actors.