

Jurisprudencia

Fecha: 04/03/2009

Marginal: 28079110012009100154

Jurisdicción: Civil

Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS

Origen: Tribunal Supremo

Tipo Resolución: Sentencia

Sala: Primera

Cabecera: Responsabilidad civil extracontractual. Fallecimiento de un fumador. Prescripción.

Texto

Encabezamiento

Resolviendo recurso contra resolución: Audiencia Provincial de Barcelona, de 1/12/2003.

Número de Resolución: 135/2009

Número de Recurso: 489/2004

Procedimiento: Casación

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 489/2004, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D^a Antonieta , D. Carlos María , D^a María Virtudes y D. Federico , aquí representados por la Procuradora D^a Olga Martín Márquez contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 505/2001, por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 1 de diciembre de 2003, dimanante del juicio de menor cuantía n.º 36/1998 del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Barcelona. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de Altadis, S.A.

Antecedentes de Hecho

PRIMERO

. - El Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Barcelona dictó sentencia de 2 de marzo de 2001 en el juicio de menor cuantía n.º 36/1998, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Desestimo en su integridad la demanda presentada por D.^a Antonieta , D. Federico ,

D. Carlos María y por D.^a Antonieta en representación de su hija menor D.^a María Virtudes contra Altadis S. A. y, en consecuencia, dicto una sentencia que absuelve a la parte demandada de los pedimentos contra ella efectuados, imponiendo las costas del juicio a los actores».

SEGUNDO

. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. La parte actora ejercita la pretensión de resarcimiento por los daños y perjuicios causados en base a responsabilidad contractual (arts. 1254, 1258 y 1101 ss. y concordantes CC). Dicha parte sostiene la existencia de una relación causal y directa entre la enfermedad que causó la muerte a D. Luis Andrés (adenocarcinoma de pulmón) en fecha de 19 de noviembre de 1993 y su adicción al tabaco, que venía consumiéndolo durante unos veinte años. Igualmente, aduce la actora que la cláusula expresa que reza: "Las Autoridades Sanitarias advierten que el tabaco perjudica la salud", no debe ser tenida en cuenta porque al tratarse de un contrato de adhesión (así califica las relaciones entre el consumidor de tabaco y Tabacalera) tendría que estar la cláusula expresamente aceptada y firmada por el consumidor de tabaco para que la misma desplegara efectos. También se pone de manifiesto en las alegaciones de la parte actora que, el tabaco, al generar adicción y dependencia, anula la facultad volitiva del cliente adicto. Los codemandados cuantifican los daños y perjuicios psicológicos y morales irrogados en 15 millones de pesetas para cada uno, reclamando una indemnización que asciende a 60 millones de pesetas.

»Segundo. La demandada contesta a la anterior pretensión oponiéndose e interesando el dictado de una sentencia desestimatoria dado que del informe del Dr. Hugo no se desprende necesariamente un relación de causalidad directa y exclusiva entre el cáncer de pulmón del Sr. Luis Andrés y su consumo de tabaco, ya que su enfermedad puede obedecer a otras causas (genética o ambiental, por ejemplo). También pone de manifiesto que la demandada ha cumplido la normativa sanitaria vigente (entre otros, los Reales Decretos números 709/82, de 5 de marzo; 510/92, de 14 de mayo o 1185/94, de 3 de junio), además de que desde la década de los años 60 se ha informado a través de los medios de comunicación de los efectos del tabaco, y ello unido al mensaje impreso en las cajetillas desde hace 17 años, provoca que no se pueda invocar desconocimiento absoluto del tema, con lo que un hipotético defecto de información acerca de los efectos del consumo de tabaco no puede ser la causa de la muerte del Sr. Luis Andrés .

»Altadis también se opone a la existencia de una relación contractual con la parte actora habida cuenta que de conformidad con el art. 4.5 de la Ley 13/98, 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 expendedoría de tabaco y timbre (estanco) ni ostentan autorizaciones de puntos de venta con recargo (bares, máquinas), en consecuencia, alega que Altadis ni directa ni indirectamente ha vendido tabaco al Sr. Luis Andrés .

»La parte demandada también formula en su contestación a la demanda, una serie de alegaciones a las que no se va a hacer referencia, alegaciones de carácter subsidiario, por si el órgano jurisdiccional eventualmente entendiera que la acción ejercitada se basa en responsabilidad aquiliana, lo cual ya ha sido descartado en la demanda por los actores, y modificar la pretensión ejercitada implicaría incurrir en incongruencia por "extra petita", de ahí que no se haga referencia a dichas alegaciones subsidiarias.

»Tercero. La primera cuestión a dilucidar es la eventual existencia de una relación

contractual entre el fumador y Altadis. Relación contractual que con una interpretación laxa, flexible, sin atender a criterios rigurosos, podría sostenerse y ello porque, pese a necesitar Altadis 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).

»Sentada, en consecuencia, la posibilidad jurídica de apreciar la existencia de una relación contractual entre el finado y la parte demandada la legitimidad activa de los actores descansa en la subrogación "mortis causa" del ejercicio de la acción aquí entablada. Ahora bien, lo que ya supone un exceso en la hermenéutica de los contratos es calificarlo como de adhesión, entre otros motivos, porque se trata de una relación jurídico-compleja en la que intervienen varias partes (ver fundamento jurídico segundo), 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, más bien, la relación contractual entre el fumador y Altadis una naturaleza similar al negocio jurídico de la compraventa.

»Cuarto. Del resultado de las pruebas practicadas en juicio, no se acredita que Altadis haya incurrido en la responsabilidad contractual que prevé el art. 1101 CC . De un lado, porque no se ha logrado demostrar que la causa directa y exclusiva de la muerte del Sr. Luis Andrés fuera la de su adicción al tabaco, tal como se deduce de la testifical practicada al Sr. Arturo (que además nunca ha visto directamente al paciente), o del informe médico emitido por Don. Hugo . Así, Don. Arturo manifiesta que la evidencia epidemiológica se acepta como criterio de causalidad, pero que sería más riguroso hablar de factor de riesgo (preguntas A, 3.^a y 5.^a) y declara que hay otros factores de riesgo que originarían la enfermedad del finado, como son los ambientales (repregunta B, 5.^a). De otro lado, al Sr. Luis Andrés no se le hace una autopsia que reflejara la causa de la muerte, basándose la demanda en la epidemiología que presenta probabilidades de la causa de la muerte, pero no certeza (doc. n.º 7). Y aparecen otros factores ambientales, contaminantes o genéticos que pueden ser de influencia en la enfermedad padecida por el Sr. Luis Andrés . Otra posibilidad no descartada por completo sería la metástasis, puesto que la misma no se excluye expresamente en los informes médicos; añadiéndose, a todo ello, que Don. Hugo tampoco trató personalmente al enfermo, ya que emite el informe en el año 1997, por tanto, cuatro años después de la muerte del Sr. Luis Andrés .

»Pero es que además de que 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 D. Luis Andrés , 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, tal como se ha acreditado del cotejo efectuado por la Hemeroteca sita en Madrid, advierte 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 y fumar los cigarrillos contenidos en tres paquetes como, a tenor de la prueba testifical y confesión en juicio practicadas, hacía el Sr. Luis Andrés , no es un consumo moderado y esta opción personal, en la que consiste fumar, tendría que asumirse con responsabilidad y medida.

»Quinto Por todo lo anterior y al no haberse acreditado los hechos constitutivos de la demanda, procede su desestimación íntegra, imponiendo las costas del juicio a los coactores en virtud del principio de vencimiento objetivo previsto en el art. 523 de la LEC ».

TERCERO.

- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de 1 de diciembre de 2003 en el rollo de apelación n.º 505/2001 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»El Tribunal acuerda: Estimamos en parte el recurso de apelación impuesto por la representación procesal de Dña. Antonieta y de sus hijos Carlos María , María Virtudes y Federico contra la sentencia de 2 de marzo de 2001 que modificamos en el extremo relativo a la imposición a la actora de las costas de la instancia que dejamos sin efecto.

»Estimamos la impugnación efectuada por la representación procesal de Altadis, S. A., y declaramos que la relación enjuiciada se enmarca dentro del ámbito de la relación extracontractual.

»Mantenemos la resolución en los demás extremos.

»No hacemos expresa condena en las costas devengadas en esta alzada».

CUARTO

. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. La acción indemnizatoria ejercida por la actora se fundamenta en la existencia de una relación contractual entre el esposo de la misma, fallecido en fecha 19 de noviembre de 1993 víctima de un adenocarcinoma de pulmón, y la entidad demandada, en su condición de mayorista de labores de tabaco, a cuyo consumo se atribuye por la reclamante la causa del fallecimiento de su esposo.

»La sentencia dictada en la instancia desestimó la pretensión de la actora, si bien admitió la posibilidad de que hubiera existido la relación contractual indicada, "con una interpretación laxa, flexible, sin atender a criterios rigurosos", y ello por entender que "pese a necesitar Altadis 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".

»Contra la indicada resolución ha planteado recurso la representación procesal de la parte actora en cuya fundamentación ha insistido en el carácter contractual de la relación, pese a que la sentencia ya lo había admitido, y solicita se revoque la sentencia y se estimen sus pretensiones alegando, en síntesis, los argumentos que pasamos a reseñar: a) que la demandada ha incumplido la obligación legal que le impone la defensa de la salud de sus clientes, b) que era ir más allá de lo que la norma obliga e invertir la carga de la prueba presumiendo culpable la actuación de la demandada al haberse acreditado que la causa de la muerte del esposo de la actora fue un adenocarcinoma de pulmón y que este se había originado como consecuencia del consumo de tabaco, c) que los peligros que tal consumo genera para el particular deben desplazarse a quien lo suministra, d) que el tabaco genera adicción, anulando la facultad volitiva del cliente-adicto y la demandada no advierte de este hecho, por lo

que debe asumir su responsabilidad.

»La parte demandada impugnó la sentencia en el extremo relativo al fundamento de derecho que admite la relación contractual y con el que discrepa la indicada parte que solicita se modifique y se declare en su lugar, que la relación es de tipo extracontractual.

»Segundo. Se somete por tanto a la consideración de esta Sala la integridad del conflicto que ha enfrentado a las partes en la primera instancia.

»La primera cuestión jurídica que es preciso determinar porque de la misma derivan importantes consecuencias para la resolución del litigio, es la relativa al carácter de la relación que pudiera haber existido entre el esposo de la fallecida y entidad demandada.

»A juicio de esta Sala, y discrepando en este punto de la resolución impugnada, no existió vínculo contractual alguno entre el esposo de la actora y la entidad demandada sino que la relación contractual, que se perfeccionó con la compra del tabaco y el pago del precio, se concertó con la expendedoría o expendedorías 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), y para su existencia se precisa de un concierto concreto de voluntades en base al cual, una o varias personas se obligan respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar y algún servicio (art. 1254 CCom).

»En concreto y respecto al contrato de compraventa, el art. 1445 CC establece que por el mismo uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, lo que supone la exigencia de unos concretos elementos personales y reales que no pueden mezclarse con otros distintos sin violentar elementales principios de seguridad jurídica, no siendo admisible la interpretación laxa que la juzgadora reconoce efectuar.

»Que ello es así, y que no existe vínculo contractual, lo refuerza aún más si cabe, la especial legislación existe en torno a las labores de tabaco, y en concreto, el art. 8 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 legal, que se atribuye a los establecimientos indicados.

»Ahora bien la inexistencia de relación contractual no conlleva la liberación de la demandada de toda obligación, ya que la responsabilidad por la que se la demanda puede ubicarse, si concurre los requisitos para ello, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, en base al principio general de no dañar a otro, que se recoge en el art. 1902 CC , de manera que sin necesidad de vínculo contractual alguno, si se demuestra la concurrencia de los requisitos que conforman el indicado precepto, deberá declararse la obligación de indemnizar.

»En concreto, cuando se trata de valorar la actuación del fabricante o consumidor de un producto de cuyo uso se ha derivado un daño al consumidor o usuario, se ha establecido por la jurisprudencia la posibilidad de que la misma se fundamente en la negligencia en la fabricación o en la falta de información, y en este sentido la STS de 14 de noviembre de 1984 señala que la responsabilidad civil de fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligencia de fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser directamente causados por el propio producto o motivados por la carencia de inscripciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse.

»El empeño de la parte actora en configurar la relación como contractual no es puramente doctrinal sino que tiene una indudable consecuencia práctica, toda vez que en tanto que el término para el ejercicio de las acciones que no tenga un plazo especial de prescripción es el de quince años (art. 1964 CC) y éste sería el aplicable al contrato de compraventa, el término establecido para el ejercicio de las acciones derivadas de culpa o negligencia es de tan sólo un año (art. 1968 CC), tiempo que ya había concluido cuando se presentó la demanda, en fecha 15 de enero de 1998, ya que el esposo de la actora falleció el 19 de noviembre de 1993 y la causa de la enfermedad que determinó su fallecimiento, como así consta en la propia documentación médica que acompaña a la demanda, fue un adenocarcinoma de pulmón diagnosticado y conocido antes de la muerte del enfermo, por lo que la acción ejercida por la actora, en la medida en que sólo puede fundamentarse en una obligación de carácter extracontractual, estaría ya prescrita.

»Tercero. Sin embargo y pese a que la concurrencia del término prescriptivo sería suficiente para desestimar la demanda, el estudio del fondo de la cuestión debatida, conlleva asimismo una resolución desestimatoria, y ello en base a las consideraciones que pasamos a explicar.

»Ya hemos visto que la responsabilidad que debemos analizar es la extracontractual regulada en el art. 1902 CC . Sin que sea de aplicación la Ley 22/1994, de 6 de julio , de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, no solo por razones de temporalidad, ya que su promulgación es posterior a la fecha del fallecimiento del esposo de la actora, sino porque la indicada ley está concebida para regular los efectos dañosos que puedan causar productos de uso inocuo para la salud, en tanto que el perjuicio que causa el tabaco es consustancial al mismo y derivado de sus características esenciales y por tanto no atribuible a defecto alguno.

»No existe inconveniente en atribuir al fallecido D. Luis Andrés la condición de consumidor dado que, conforme al art. 1-2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, tienen este carácter las personas que adquieren, como destinatario finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes lo producen, facilitan, suministran, o expiden, y por consiguiente, y como tal consumidor, al 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] del texto citado).

»Ahora bien, reconocidos los indicados derechos, es preciso evitar la confusión en la que pretende introducimos la apelante, porque cuando el legislador refiere tales derechos los relaciona con productos destinados al consumo que, por su propia naturaleza, no pueden conllevar daño alguno (art. 3) y prueba de ello son las prohibiciones contenidas en el art. 5 en las que se impide la utilización de aditivos no autorizados, la de almacenar productos reglamentariamente no permitidos, las exigencias de control de los productos tóxicos o venenosos, la prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, entre otros.

»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 está 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. Luis Andrés estuviera en malas condiciones, o no hubiera superado los controles de calidad, sino la obligación de la demandada de asumir el riesgo que, en sí mismo y por su propia naturaleza, supone el tabaco para la salud del consumidor.

»Cuarto. El debate suscitado en la presente litis debe por tanto solventarse conforme al contenido del art. 1902 CC, por lo que debemos analizar si concurren los tres requisitos que se precisan para su aplicación: a) una actuación negligente imputable a la demandada, b) un resultado dañoso, y c) una relación de causalidad entre aquella conducta negligente y el resultado dañoso producido.

»Actuación negligente imputable a la demanda:

»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 la 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 la 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 se hubiera incumplido el deber general de información a que antes nos referíamos y 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 y no es posible que se adquiriera por error un producto distinto del deseado. El que adquiere una cajetilla de tabaco sabe y desea adquirir tal producto. 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 3 de junio de 1994 , ha sido cumplida por la demandada, por lo que queda tan sólo por determinar si además de todo ello debió hacer constar que el tabaco crea adicción, y que es precisamente el punto en que la apelante fundamenta su reclamación.

»En el Real Decreto 2072/1983, de 28 de julio , se estableció la obligación de consignar en los paquetes de tabaco la frase: La Dirección General de Salud Pública advierte que el uso del tabaco es perjudicial para la salud. En el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo , antes citado, se consideró falta muy grave, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudieran concurrir, el hecho de no insertar la advertencia disuasoria o el contenido en alquitrán, nicotina u otro componente de obligada inserción o cualquiera otra transgresión sobre advertencia y contenidos en el exterior del paquete.

»Finalmente, en el Real Decreto 510/1992, de 14 de mayo, y en el posterior de 3 de junio de 1994 , se incorporaron sendos anexos con la lista de advertencias relativas a la salud que debían insertarse en los paquetes de tabaco, a elección del fabricante, y entre las distintas frases recogidas en los mismos no figura ninguna que mencione el riesgo de adicción.

»La demandada ha cumplido 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 las advertencias insertas en las cajetillas son lo suficiente contundentes y explícitas y no tenemos fundamento alguno para pensar que la referencia a la adicción pueda ser determinante en la conducta de los consumidores para alejarles del hábito del tabaco y conseguir lo que nunca otra de las advertencias efectuadas ha logrado.

»Realidad del daño: Los informes médicos acreditan que el esposo de la actora falleció tras serle diagnosticado un adenocarcinoma de pulmón.

»Nexo de causalidad entre la conducta omisiva y el daño: A tal efecto y en este apartado debemos indicar que el referido nexo de causalidad debe darse entre la conducta omisiva que se atribuye a la demanda (el no advertir que el tabaco crea adicción) y el resultado dañoso consiste 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 la causación adecuada, de forma que, como señala la STS de 11 de diciembre de 1996 , es preciso la determinación concreta para el caso estudiado, de que de aquella conducta del agente se derive, según las reglas de la lógica, la consecuencia necesaria del daño producido.

»No creemos, en cambio, que el referido nexo deba predicarse entre el suministro de tabaco y el resultado dañoso porque ya hemos indicado las características esencialmente dañinas del producto y la imposibilidad de un uso inocuo del mismo.

»Pues bien, como antes apuntábamos, es evidente que la omisión de la advertencia referida no puede constituir, según las reglas de la lógica, causa eficiente del resultado dañoso producido, toda vez que la causación del mismo no puede conectarse como una consecuencia natural adecuada y suficiente de aquella omisión inicial, por lo que tampoco concurre el necesario nexo causal que se precisa para integrar un supuesto de responsabilidad extracontractual.

»En consecuencia y resumiendo lo hasta aquí explicado, debemos concluir en el sentido de que la responsabilidad por el suministro de labores de tabaco debe basarse en la necesaria existencia de un reproche culpabilístico, no susceptible de atenuación

a través de la teoría del riesgo (concebida para situaciones muy distintas de la enjuiciada), y que en el supuesto debatido no se ha podido efectuar porque no se observa la concurrencia de una conducta negligente imputable a la demandada. Y además porque, 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.

»Procede por tanto, y conforme a lo razonado, desestimar la petición indemnizatoria que efectúa la parte actora, y estimar la impugnación formulada por la demanda, confirmando la decisión de la instancia, aunque discrepamos del razonamiento de la misma que califica de contractual la relación y que esta Sala ha considerado de carácter extracontractual.

»Quinto. Aunque la recurrente no hizo una petición expresa acerca de las costas que le impuso la sentencia, la petición de ser liberada de las mismas se entiende comprendida en su solicitud de revocación íntegra de la referida sentencia, por lo que no es incongruente que en esta resolución se modifique la condena impuesta y no se estime pertinente hacer expresa condena en las costas devengadas en ninguna de las dos instancias atendida la complejidad del caso y las dudas que su resolución puede plantear lo que implica la modificación parcial de la sentencia de instancia con la consiguiente estimación, también parcial, del recurso de la actora».

QUINTO.

- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.^a Antonieta , D. Carlos María , D^a María Virtudes y D. Federico se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Infracción de los arts. 1254, 1257, 1445 y 1964 CC y también en contra de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 38/1995 por cuanto el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida concluye la no existencia de un contrato entre Altadis y el fumador en contra de los preceptos expresados.»

El motivo se funda, en resumen, lo siguiente:

Existe contrato ya que la relación entre Tabacalera (actualmente Altadis) y el fumador contiene todos los elementos para su existencia (art. 1261 CC). Así, respecto al consentimiento, hay concurso entre la oferta y aceptación del tabaco, pues Altadis S. A., fabrica o distribuye a fin de que llegue al consumidor minorista con independencia de los intermediarios que se requieren (art. 1262 CC), hay objeto integrado por el tabaco y la causa es el precio pagado por cada cajetilla (arts. 1271 y 1274 CC). Por ello no cabe duda de que existe entre las partes una relación contractual plena y no laxa o vaga. Si hay relación contractual la hay plenamente aunque el contrato se establece de forma tacita.

No tiene relevancia jurídica que el que entregue la mercancía al consumidor sea el concesionario del Estado (estanquero), un barman, un tendero, o una máquina situada en cualquier establecimiento. La relación se establece entre el fabricante o distribuidor general, importador y el que al final lo compra y esta relación es contractual, además, otra clase de relación no tendría sentido.

La apreciación de la sentencia de que la relación entre Altadis y el fumador es extracontractual supone que existe una relación contractual entre el estanquero y el

consumidor y no entre éste y Altadis que es en realidad quien vende, lo que abriría el campo de reclamación vía contractual contra cualquier estanco, pero no contra Altadis, lo cual no tendría sentido, ya que el estanco por vía de repetición podría ir contra Altadis.

La sentencia recurrida infringe el art. 8 de la Ley 38/1995, de 22 de noviembre, del Monopolio fiscal de tabacos que establece que el comercio al por menor de labores de tabaco se ejerce por el Estado a través de la red de expendedurías de tabaco y timbre, lo que no implica que entre Altadis y el consumidor final no haya relación contractual. El Estado no vende al consumidor final entre otros motivos porque el Estado nunca compra a Altadis S.A., tan solo regula la forma y los cauces de la venta del tabaco y los impuestos. Entre Altadis y su cliente final, el fumador se establece un contrato de compraventa indistintamente del mecanismo de distribución intermedio.

Otro elemento que demuestra que entre Tabacalera y el fumador existe relación contractual, un contrato de compraventa, es la publicidad que Tabacalera hace para promocionar las ventas de las labores de tabaco. Tabacalera la encarga, diseña y paga y la dirige al fumador.

¿Puede el Estado ser parte en una compraventa cuando dicta unilateralmente sus normas (principio general de derecho)? Una parte contratante no puede regular las condiciones pues no puede quedar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas.

Otro elemento importante que acredita la existencia de la relación contractual entre Tabacalera y el fumador dimana del hecho de que cada transacción que se efectúa en la compraventa de un paquete de tabaco devenga un impuesto que es único y numerado por cada paquete de tabaco, el sello o timbre numerado, impuesto que paga el fumador pero que recauda Tabacalera y lo ingresa en la Administración.

De acuerdo con el art. 26 RD 1165/1995, de 7 de julio, Reglamento de impuestos especiales, con lo que establece la Ley de 28/1992 de Impuestos especiales en su exposición de motivos, cada contrato de compraventa que se celebra entre Tabacalera y el fumador devenga un impuesto que se paga y se identifica individualmente mediante el timbre o precinta que esta adherido al paquete de tabaco, lo que implica que ese contrato de compraventa sea un contrato público al estar identificado, numerado y devengar un impuesto. El impuesto especial sobre el tabaco grava la labor del tabaco en fase única en el momento de su producción pero ese devengo queda en régimen de suspensión según establece la exposición de motivos de la Ley entre tanto que la cajetilla concreta no llega a su destinatario, el consumidor. De ello se desprenden dos datos importantes, primero, que es irrelevante a efectos del impuesto la existencia de intermediarios en la venta de las labores de tabaco al consumidor final y, segundo que es el consumidor final quien soporta «los costes sociales que su utilización comporta en materia de sanidad», como refleja la exposición de motivos de la Ley.

El contrato, además, es un contrato de adhesión pues la parte más débil no ha participado en la redacción de sus cláusulas. La no-imposición de cláusulas concretas también es una imposición que hace la parte más fuerte del contrato.

Un contrato de compraventa público, repetido miles de veces, es un contrato de adhesión. Es público porque de no serlo no se podría comprender la obligación legal de repercusión del impuesto que establece el legislador. Si no existiera contrato la obligación legal de repercusión del impuesto convertiría a éste en una verdadera tasa

parafiscal.

Al ser un contrato de adhesión cualquier exoneración de responsabilidad para la parte vendedora requeriría la aceptación expresa de esta renuncia a solicitar responsabilidad por la parte adherida, es decir, de la parte compradora.

Si no se avisa del riesgo y no se solicita la renuncia expresa a la indemnización por los perjuicios generados por el tabaco es porque no se quiere ya que si existiera un carné de fumador previo al inicio del hábito se evitaría lo que de facto se produce, a pesar de la prohibición de venta de tabaco a menores, la adicción de estos, como sucedió en el caso del Sr. Luis Andrés en un momento en el que legalmente no podía fumar por ser menor de edad.

Existen antecedentes históricos de la existencia de carnés o tarjeta de fumador como se demostró con el documento n.º 1 que se acompañó al recurso de apelación a efectos ilustrativos, consistente en una fotocopia notarial de una tarjeta de fumador que habilitaba a su titular a comprar tabaco en la época en que éste estaba racionado. Así, no se le daba al fumador una tarjeta cada vez que compraba tabaco, sino que tenía una única tarjeta que exhibía cada vez que compraba tabaco.

Por ello, si no se expide por la entidad recurrida un carné de fumador tras la firma por el futuro cliente de cláusulas contractuales concretas y sus posibles renunciaciones es porque la entidad recurrida no quiere imponerlas y no quiere porque ese carné, muy al contrario de lo que la publicidad nos ha vendido, dice que el tabaco lejos de generar un prestigio social crea adictos, que en la conciencia social colectiva son señalados como elementos marginales. Y prueba de que esa publicidad ha calado profundamente en la conciencia social es el propio art. 9 de la Ley 38/1992, que entre las exenciones al devengo del impuesto incluye las labores de tabaco entregadas en el marco de las relaciones diplomáticas o consulares, a organizaciones internacionales reconocidas como tales en España y a los miembros de dichas organizaciones, a las fuerzas armadas de cualquier Estado, distinto de España, que sea parte del Tratado del Atlántico Norte y a las fuerzas armadas al que se refiere el art. 1 de la Decisión 90/640 /CEE, para uso de dichas fuerzas o del personal civil a su servicio o para el abastecimiento de sus comedores o cantinas.

Más que un contrato de adhesión sería un contrato con tales peculiaridades que permitiría hablar de contrato de adicción lo que supone una vulneración flagrante de un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que en sede de obligaciones se contiene en el art. 1256 CC que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

No avisar del riesgo de adicción es una actuación que no supone buena fe contractual.

Hace referencia a los argumentos del voto particular que da por reproducido en cuanto a la existencia de contrato entre Altadis y el fumador. Establecida la relación contractual, la responsabilidad de Tabacalera, hoy Altadis, es evidente.

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 en sede civil. 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 en el incumplimiento de la obligación.

Motivo segundo. «Infracción de los arts. 1902 y 1968 CC . Y de los arts. 1, 2, 3, 4, 5,

13, 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , en tanto que la sentencia recurrida en su fundamento de tercero y cuarto tan solo aplica la responsabilidad extracontractual.»

El motivo se funda, en resumen, lo siguiente:

Al ser una relación contractual se infringen los artículos del Código civil que regulan la relación contractual. Por tanto, hay que ver si la parte vendedora, Altadis, S. A., ha incurrido en alguna clase de responsabilidad contractual del art. 1101 CC y como estamos ante la venta de un producto de gran consumo a un consumidor o usuario es aplicable la Ley 26/1984, de 19 de julio , para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Trascribe el art. 2 LCU que consagra los derechos básicos de los consumidores y usuarios, lo que supone a su vez unas obligaciones que deben cumplir los vendedores de los productos o servicios puestos en el mercado.

Así el art. 2. a) LCU consagra la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad (principios del art. 43 CE).

El tabaco es un producto peligroso para la salud; es el único que se vende libremente y que utilizado de acuerdo con las indicaciones del fabricante (que por cierto no da ninguna), causa daño y ninguna medida adopta Tabacalera, S. A., para la protección de la salud de sus clientes y tampoco los ha informado de los riesgos del tabaco que son muchos y muy peligrosos.

El art. 2. b) LCU consagra la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

Tabacalera no incluye ninguna cláusula en el contrato que establece con sus clientes; de esa forma parece que no las hay, pero sí que las hay, pues la publicidad que efectúa para fomentar su consumo se debería entender como una cláusula en la que Tabacalera explica las maravillas de fumar pero nada explica del daño que causa, se limita a expresar aquello a lo que la ley obliga, el aviso en letra pequeña que reza, «fumar perjudica seriamente la salud».

Según art. 2. c) LCU es claro que el vendedor que cause un daño debe indemnizar al consumidor.

El apartado d) del art. 2 LCU establece la información correcta sobre los diferentes productos y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado consumo o disfrute. De esta obligación Altadis se limita a no decir nada; tan solo expresa en el paquete las mínimas advertencias legales, que son insuficientes. Este déficit de información es sin duda deliberado, porque de esta forma obtiene mas beneficio económico.

Cita el art. 13 LCU sobre el deber de información veraz, eficaz y suficiente sobre las características de los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios.

El art. 2. f) LCU se refiere a las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

Tabacalera no avisa del riesgo mayor que tiene el tabaco, que es la adicción que genera. Y el resto de los riesgos los avisa de forma genérica y porque la ley obliga, no

incluye dosis recomendada de composición del tabaco ni los aditivos que lleva. Por ello debe indemnizar a sus clientes al haberles causado daño y siendo consciente de que podía causar daño.

Motivo tercero. «Infracción de los arts. 25 y 27 de la Ley 14/1986, de 25 de abril , e infracción del art. 1 del RD 192/1988, de 4 de marzo , ya que no se aplican correctamente en el fundamento derecho tercero de la sentencia recurrida.»

El motivo se funda, en resumen, lo siguiente:

Según el art. 1 del RD. 192/1998 , el tabaco es perjudicial para la salud. Por ese motivo a quien lo comercializa y se lucra con ello hay que exigirle un plus en el cuidado de sus clientes.

El fundamento de derecho cuarto del voto particular de la sentencia recurrida desarrolla este argumento que hace suyo el recurrente.

Nadie dice que Tabacalera haya incumplido ninguna norma; pero conoce que comercializa un producto que es nocivo para la salud, por lo que podía haber explicado mejor sus efectos nocivos, en especial, la adicción que el tabaco causa.

Altadis no hace en el paquete ninguna advertencia de cómo usar el producto ni en qué cantidades ni a qué edad se puede utilizar ni qué peligros tiene ni cuáles son las consecuencias. Se limita a incluir en el paquete el mínimo aviso genérico que la Ley le obliga y solo desde que la Ley le obliga, pero de acuerdo con la Ley de consumidores y usuarios y con el buen hacer de un ordenado comerciante debería ir mas allá de lo que la norma le obliga, pues la defensa de la salud de sus clientes así lo exige y merece.

Existe numerosa jurisprudencia que recoge esta obligación de ir mas allá de lo que la norma obliga.

Cita la SAP de Barcelona, sección 16.^a, de 5 de julio de 1998 , que resuelve sobre la demanda interpuesta por la viuda de un trabajador muerto por cáncer de pulmón en la factoría de Uralita por respirar amianto.

La sentencia recurrida no duda de que la causa de la muerte del Sr. Luis Andrés haya sido su adicción al tabaco. La enfermedad se debió a su adicción al tabaco y la responsabilidad de esa enfermedad se debió a la insuficiente información que Tabacalera daba a sus clientes sobre los perjuicios del tabaco, perjuicios que conocía y podía dar a conocer y si no lo hacía era porque esto le beneficiaba.

En una enfermedad orgánica como es el cáncer difícilmente podemos decir inequívocamente cuál es su causa. Para estos casos la medicina se sirve de los estudios epidemiológicos. La epidemiología entre otras cosas, nos dice si una u otra enfermedad se ha causado por la exposición a un elemento concreto.

El cáncer de pulmón es una de las enfermedades que se contrae por la exposición al tabaco. La Organización Mundial de la Salud ha llegado a decir que sin tabaco no habría cáncer de pulmón. Son pocos los elementos que se asocian al cáncer de pulmón tan solo el amianto o asbesto.

Como Luis Andrés tan solo estaba expuesto al tabaco como agente desencadenante del cáncer de pulmón podemos decir de acuerdo con la única prueba que se puede

obtener que es la aproximación epidemiológica que el causante del cáncer que mato a Luis Andrés fue el tabaco que fumó en grandes cantidades a lo largo de su vida hasta que dejó de fumar dos años antes de que se le diagnosticase la enfermedad.

El informe Don. Hugo es claro y contundente: la causa del cáncer que acabó con la vida del Sr. Luis Andrés es el tabaco que fumó en grandes cantidades durante su vida.

Es cierto que no se puede establecer con un 100% de seguridad que el cáncer de pulmón lo causo el tabaco u otra cosa. La medicina no lo puede demostrar taxativamente porque en tal caso se nos exige una prueba diabólica y la justicia no puede exigirnos algo imposible; tan solo la máxima aproximación del estudio epidemiológico que la medicina puede darnos.

El Servicio de Epidemiología y Registro del Cáncer del Institut Català d'Oncologia emitió un certificado que fue ratificado por el Dr. Arturo en prueba testifical en el que manifiesta a los efectos oportunos que según los informes revisados la patología que presentaba Luis Andrés y que le causó la muerte a los 42 años de edad era de un adenocarcinoma de pulmón. De acuerdo con los parámetros epidemiológicos establecidos y mayoritariamente aceptados por la comunidad medico-científica, el consumo de tabaco se considera como causa de dicha patología (adenocarcinoma pulmonar), tal como se expresa en el informe de epidemiología y prevención del cáncer en Cataluña 1975-1992, editado por el Servei Català de la Salut, Institut Català D'Oncologia, Barcelona julio de 1997.

Ambos informes fueron ratificados a presencia judicial y no han sido rebatidos por ningún otro informe emitido a requerimiento de Altadis, lo cual es sorprendente.

Motivo cuarto. «Si bien la sentencia recurrida no habla de la inversión de la carga de la prueba, creo que en este recurso debemos de hablar de ello en aplicación de la Ley de consumidores y usuarios Ley 26 /1984 , que tal como ya he expresado en el anterior motivo, considero infringida en sus arts. 1, 2, 3, 4, 5, 13, 25 y 28 .»

El motivo se funda, en resumen, lo siguiente:

Inversión de la carga de la prueba, protección jurídica, derecho a indemnización y responsabilidad por riesgo.

En cuanto a la prueba de los hechos resulta aplicable el principio de facilidad probatoria que incumbe a la empresa suministradora, pues le es mucho más fácil aducir cualquier causa para desvirtuar su culpabilidad, que no al usuario probar la falta de diligencia debida.

Rige en esta materia la presunción de culpabilidad por tratarse de responsabilidad contractual (STS 7/4/93).

Por lo que se refiere al derecho positivo, el art. 2.1 LCU establece la protección técnica y jurídica en las situaciones de inferioridad, subordinación e indefinición, es decir, la inversión de *onus probandi*

Asimismo, el art. 10.c).8 LCU excluye la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

Cita el art. 26 LCU y la STS de 29 de mayo de 1993 .

La LCU fija unos derechos básicos para éstos en su art. 2.1 .b).c) y d). Según el art. 2.2 LCU los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

De lo expuesto se desprende que, aunque se cuente con los permisos necesarios para la comercialización de un producto, la Ley y la jurisprudencia exigen un plus de diligencia y responsabilidad a la parte vendedora para evitar un posible daño o perjuicio al consumidor, lo cual es lógico, ya que es ella la que fomenta y ofrece el producto lucrándose con ello y la que cuenta con los medios precisos para investigar y evitar este daño, pues el consumidor es el sujeto pasivo y la parte más débil de la transacción.

La prueba aportada por Altadis consistente en los artículos periodísticos localizados a través de la hemeroteca de la Biblioteca Nacional prueba que el tabaco provoca cáncer, por lo que la prueba de que la enfermedad que mató al Sr. Luis Andrés fue causada por el tabaco es notoria.

Está clara la causa de su muerte, pues el certificado de defunción establece que el fallecimiento se produce por neoplasia (cáncer) de pulmón. En consecuencia, la sentencia recurrida no da por probados hechos que sí que lo han sido y ello con base en la absoluta falta de prueba aportada de contrario. Con ello se consigue el tantas veces criticado efecto de no considerar la responsabilidad (consecuencia jurídica) o entender acreditado el hecho causal.

La causa de la muerte del Sr. Luis Andrés es el cáncer de pulmón y su causa el tabaco que fumó durante su vida como acredita el informe del Hospital Oncológico y Don. Hugo así como por el hecho de que en la actualidad ya se reconoce este hecho en algunos de los mensajes de los paquetes de cigarrillos y en la exposición de motivos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto especial sobre labores del tabaco, que basa los especiales gravámenes en los elevados costes sanitarios que para el Estado se desprenden de este consumo.

Cita la STS de 23 de marzo de 1989 sobre la obligación de indemnizar por el cumplimiento gravemente defectuoso de la obligación establecida contractualmente.

Según la jurisprudencia cuando las garantías adoptadas para evitar daños previsibles y evitables son insuficientes surge la responsabilidad que genera la obligación de indemnizar.

El caso objeto de esta litis se podría subsumir también en un supuesto de responsabilidad por riesgo, dadas las características de la relación existente entre las partes. Se trata de la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos inherentes.

La asunción de peligros por los perjudicados se desplaza sobre aquel que aun en forma lícita y permitida ha creado riesgos. Se derivan consecuencias nocivas dentro de la esfera del responsable para los derechos ajenos debido a una actuación anormal con desprecio de los derechos y deberes que han de ser respetados.

Tabacalera S.A., es concedora de estos riesgos y debería tomar las medidas adecuadas para evitarlos, especialmente, el de adicción.

El art. 28.1.2 LCU establece la responsabilidad por riesgo, y la responsabilidad por los daños ocasionados.

Motivo quinto. «Considero infringido el RD 709/1982, de 5 de marzo y el RD 2072 /1983, de 28 de julio.»

El motivo se funda, en resumen, lo siguiente:

A partir de 1982 avisan los paquetes de tabaco que «el tabaco perjudica seriamente la salud» pero Tabacalera, hoy Altadis, debió ir más allá para ayudar a sus clientes con los que se lucra.

El tabaco es una sustancia de distribución legal que genera adicción, pero nunca se ha avisado ni en el pasado ni en el presente por las empresas vendedoras del producto.

El tabaco es un producto que no podemos decir que sea defectuoso, sino que tal como es y como se vende, causa daño; y la parte vendedora conoce perfectamente sus efectos y los daños que causa y si no los conociese sería lo mismo, su responsabilidad sería total ya que pone a la venta el producto y se lucra con ello.

El tabaco genera adicción y sin duda es su mayor peligro y daño para la salud del consumidor, la adicción y la dependencia del tabaco que se adquiere a partir del momento en que empieza a fumar, peligro del que ni Altadis ni las autoridades sanitarias han avisado jamás.

La adicción y dependencia que genera el tabaco es el mayor aliado de las compañías tabaqueras por la fidelización de sus clientes. Por otra parte, la composición química de los productos que componen el tabaco puede ser alterado por estas compañías incrementando las sustancias adictivas de forma que aumente el número de consumidores. Así, una compañía tabaquera en Estados Unidos reconoció públicamente este hecho si bien no decimos que esto pase en España.

La adicción que genera el tabaco además de los daños físicos y psíquicos que provoca en el cliente tiene otra consecuencia jurídica importante, que es que obliga a los clientes de las empresas vendedoras de tabaco a seguir siéndolo a pesar de quisieran dejar de hacerlo, pero no pueden al ser adictos al tabaco, lo que implica un vicio en el consentimiento de la parte compradora y el responsable, es decir, la parte vendedora, debe asumir las consecuencias de su acción y omisión de información, por tanto, debe indemnizar a las víctimas.

La recurrente no está de acuerdo con la afirmación de la sentencia recurrida sobre el carácter legal del tabaco, las advertencias del peligro y el conocimiento público de éste, pues si bien es cierto que algunos artículos periodísticos se refieren a los riesgos del tabaco es más cierto que son miles por no decir millones, los mensajes en esos mismos medios que explican las maravillas de fumar.

Tabacalera jamás ha avisado a sus clientes del riesgo de adicción, por lo que no podemos decir que una persona que fuma lo haga con libertad. El ejercicio de la libertad para que sea completo debe ejercerse desde el pleno conocimiento de los efectos que tendrá cualquier acto que efectuemos.

La vendedora no puede alegar que no conoce el efecto adictivo del tabaco, pues sin duda lo conoce y tampoco que no es obligatorio que lo advierta, pues cumple los

reglamentos legales, pero, dado que es un efecto de consecuencias graves para el consumidor, debería ir mas allá de su obligación legal de advertir del riesgo adictivo y sin duda si no lo avisa, es porque no les conviene, pues el efecto adictivo les ayuda a la fidelización de su cliente aumentando su negocio y sus beneficios.

Por la prueba testifical y por el documento del Hospital Clínico ha quedado demostrado que el Sr. Luis Andrés fumaba hasta tres paquetes de tabaco pero también es cierto que intentó dejar de fumar en múltiples ocasiones y que con grandes esfuerzos dejó de fumar dos años antes de que se le diagnosticara la enfermedad. Por ello su actuación no puede calificarse de irresponsable.

Luis Andrés nació en Barcelona el 4 de agosto de 1951 y empezó a fumar aproximadamente hacia el año 1965 o 1966, a la temprana edad de 14 o 15 años (acreditado por la prueba testifical). A partir de ese momento devino adicto al tabaco y llegó a ser un gran fumador (dos o tres paquetes diarios).

Cuando empezó a fumar no se hacía ningún aviso, pues la obligación legal de advertir en los paquetes que el tabaco es un riesgo para la salud se inició a la entrada en vigor del D. 709/1982, de 5 de marzo, es decir, que los avisos genéricos del peligro de fumar se iniciaron bastantes años después de que Luis Andrés empezase a fumar, por lo que éste no fue advertido de ninguna manera antes de empezar a fumar.

Los efectos del tabaco duran aun 15 años y hasta transcurrida esa fecha la probabilidad de sufrir cáncer de pulmón se iguala con la de un no-fumador.

Cita como hizo en su recurso de apelación una frase de la novela de John Grishan, "El jurado", que en su pág. 241, expresa: "... La nicotina en sí misma no es cancerígena. Usted lo sabe tan bien como yo. La nicotina es solo un veneno, un veneno que nos convierte en adictos para que el cáncer pueda acabar con nosotros más adelante. Por ello los cigarrillos son peligrosos. "

Motivo sexto. En él no se alega la vulneración de ningún precepto legal, pues tan solo se refiere al interés casacional de la sentencia que se dicte. Se alega, en resumen, que el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida establece la no condena en costas de la parte recurrente, pues el tema es verdaderamentecomplejo y de evidente interés para la ciudadanía en general. Es conveniente que sepamos la opinión de los tribunales y, como los jueces solo hablan mediante autos y sentencias, no queda más remedio que acudir a los tribunales para recabar su opinión. Sabremos qué opina el Tribunal Supremo al recurrir ya que hasta la fecha no existe ninguna resolución sobre la responsabilidad de las tabaqueras en los posibles daños que causa el tabaco en los fumadores, lo que excluye cualquier clase de temeridad en la interposición de la demanda, lo cual debe ser tenido en cuenta en la posible imposición de costas en cualquier instancia.

Termina solicitando de la Sala que dicte sentencia por la cual se revoque la sentencia recurrida condenando a la adversa al pago de las indemnizaciones suplicadas y con expresa imposición de costas a la adversa.

SEXTO

. - Por ATS de 12 de junio de 2007 se admitió el recurso de casación.

SÉPTIMO.

- En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de Altadis se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero.

Calificación de la acción de responsabilidad y prescripción extintiva.

El Sr. Luis Andrés , que era, respectivamente, cónyuge y padre de los recurrentes en casación, falleció el 19 de noviembre de 1993. Y hasta el 16 de septiembre de 1997 en que la parte demandante solicitó el beneficio de asistencia jurídica gratuita no existió ningún acto al que poder atribuir el efecto de interrumpir la prescripción extintiva frente a Altadis, S. A.; ni ninguno, ni siquiera aquella solicitud, ha sido alegado en tal sentido por la parte actora. No puede sorprender, por tanto, que la acción ejercitada fuera la de responsabilidad contractual a fin de intentar cobijarse en el plazo general de prescripción de las acciones personales de 15 años del art. 1964 CC y no la acción de responsabilidad extracontractual.

Dicha estrategia tuvo éxito en la primera instancia. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en su integridad por falta de prueba del nexo causal y por asunción voluntaria del riesgo o culpa exclusiva del Sr. Luis Andrés . Apelada la sentencia por la parte actora apeló también Altadis frente a la calificación como contractual de su hipotética responsabilidad. Y fue esta apelación la única que prospero en la sentencia recurrida.

Otras Audiencias Provinciales ante reclamaciones del mismo tipo han decidido de la misma manera. Cita la SAP Alicante, sección 7ª, de 7 de enero de 2003 , según la cual la fabricación del tabaco y su distribución mayorista han estado siempre desligadas de la venta minorista por lo que ninguna relación de tipo contractual ha vinculado al fallecido esposo de la actora o a esta misma con la demandada.

Cita la SAP de Madrid, sección 18.ª, de 26 de abril de 2006 , que considera la responsabilidad de carácter extracontractual partiendo de la falta de efectos de los contratos respecto de terceros.

Ni Tabacalera ni Altadis han sido nunca titulares de las expendedorías de tabaco -los popularmente llamados «estancos»-, ni de ningún establecimiento en el que se vendiesen labores de tabaco a los consumidores. Cita el párrafo final de la exposición de motivos de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del Monopolio fiscal de tabacos, y el art. 8.1 de la misma Ley sobre el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco ejercido por el Estado a través de los expendedores concesionarios.

Idéntica situación se mantiene cuando por la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos se suprime el monopolio estatal de fabricación y comercio al por mayor para las labores de tabaco y Tabacalera deja de ser la concesionaria de dicho servicio publico patrimonializado hasta entonces de titularidad estatal, pues, según la exposición de motivos de dicha Ley la nueva normativa mantiene el monopolio del comercio al por menor de las labores de tabaco a favor del Estado a través de la red de expendedorías de tabaco y timbre.

Es evidente que:

a) Ni Tabacalera ni Altadis han cruzado jamás consentimiento contractual alguno ni con el Sr. Luis Andrés ni con los recurrentes. Y es jurídicamente insostenible que los expendedores de tabaco actúen como representantes de los fabricantes de las referidas labores cuando reciben el dinero que los fumadores pagan como precio de las mismas.

b) Lo que el abogado de la recurrente denomina «pasos intermedios» son verdaderos contratos. Y si fuera jurídicamente procedente realizar una suerte de «levantamiento del velo» de las personas a las que el Sr. Carlos María compraba los cigarrillos que consumía a quien se acabaría encontrando es al Estado, titular del servicio público -según la calificación del propio legislador- del comercio al por menor de labores de tabaco, no a Altadis ni antes a Tabacalera.

c) Nadie que hable con propiedad jurídica puede sostener que el consumidor que adquiere un automóvil o una botella de coñac celebra un contrato de compraventa con el fabricante o con el importador en España del producto, por más que sea evidente que es aquel quien encarga y paga la publicidad de la correspondiente marca.

Además, la jurisprudencia respalda la calificación como extracontractual de una responsabilidad como la que pretende la recurrente que se imponga a Altadis.

Cita la STS de 14 de noviembre de 1984 sobre la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos elaborados, en la que se considera que la responsabilidad del fabricante habrá de discurrir normalmente por cauce extracontractual salvo cuando éste ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor.

Cita la STS de 22 de mayo de 2001 , sobre lesiones sufridas por la compra de un producto de limpieza en el establecimiento de una sociedad, en la que se apreció que no existía relación jurídica contractual con las sociedades fabricante y distribuidora del producto.

Cita la STS de 14 de julio de 2003 , que califica de responsabilidad extracontractual la derivada del daño causado por producto defectuoso.

La sentencia a quo tiene un voto particular discrepante, asumido en su integridad en el recurso de casación, cuyo fundamento de derecho segundo se transcribe, según el cual cualquier ciudadano al adquirir una labor de cigarrillos en un estanco perfecciona y consume un contrato de compraventa de un consumible (tabaco) a cambio de precio cierto (ex art. 1445 y siguientes del Código civil).

Si se trata de forzar la alegación sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad acabaría encontrándose a la Administración del Estado. Según la primera parte de la argumentación del voto particular parece que el Magistrado hubiera tenido ante él una demanda frente a aquella Administración y tratara de desestimar una excepción de incompetencia de jurisdicción que hubiera esgrimido la Abogacía del Estado con base a la naturaleza administrativa y no civil del contrato en atención a su conexión con un servicio público.

Y en esa lógica, la consecuencia tendría que haber sido la apreciación siempre posible, aun de oficio, de la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda pues es el propio legislador el que califica de «servicio público» el comercio al por menor de las labores de tabaco. Como de «servicio público» había calificado también la fabricación y distribución al por mayor de las labores de tabaco hasta la promulgación de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos (Bases I y V de la Ley de 18 de marzo de 1944 sobre la concesión de monopolio del tabaco; cláusulas preliminar y I del contrato para la explotación de dicho monopolio, D. de 3 de marzo de 1945, prorrogado por Ley 10/1971, de 30 de marzo, sobre Gestión del monopolio de tabacos).

Y el art. 123 de la Ley de Expropiación Forzosa dispone que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de la responsabilidad de los concesionarios de las Administraciones públicas por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos concedidos. Precepto considerado aplicable a Tabacalera por el auto de la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006 .

En el recurso se califica en dos ocasiones como contrato público el que constituye el fundamento de la responsabilidad civil que se reclama.

La afirmación de que el tabaco se ha comercializado como un «producto para el placer» carece de soporte fáctico cuando se habla de la comercialización de las labores de tabaco en España, y no, por ejemplo, en los Estados Unidos de América hasta los años 80 del pasado siglo.

La jurisprudencia no permite matización alguna en el sentido de que la responsabilidad del fabricante por defecto de información o instrucción deba ser considerada, en todo caso, como contractual. Lo contrario se desprende de las citadas SSTs de 14 de noviembre de 1984, 20 de mayo de 2001 y 14 de julio de 2003 .

La llamada «doctrina o teoría unitaria de la culpa» puede llevar a admitir que cuando efectivamente concurren los presupuestos fácticos de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, el tribunal pueda estimar una o la otra, incluso, en el caso de que el perjudicado hubiese errado al fundamentar jurídicamente su demanda. Pero no puede servir para inventarse una responsabilidad contractual sin contrato para eludir el plazo de prescripción de la única eventualmente existente que es la extracontractual.

La Sala ha declarado de manera reiterada que el instituto de la prescripción extintiva debe aplicarse restrictivamente, en especial, cuando se trata de plazos de prescripción breves. Pero debe ponderarse que la única explicación concebible para que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual sea mucho más breve que el de la acción de responsabilidad contractual residiría en que, típicamente, en los casos de responsabilidad extracontractual es también breve el periodo de tiempo durante el que los medios de prueba relevantes resultan disponibles con un nivel mínimo de certidumbre, a diferencia de lo que normalmente sucede en el ámbito de la responsabilidad contractual, donde predominan las pruebas documentales.

El hecho de que cuando se plantea la demanda hubieran transcurrido más de cuatro años desde el fallecimiento del Sr. Luis Andrés ha limitado la posibilidad de dilucidar si el consumo de labores de tabaco fue o no la verdadera causa del cáncer de pulmón que le causó la muerte. Como bien apunta la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho cuarto), la hipótesis de que dicho adenocarcinoma hubiera sido una metástasis de otro tipo de cáncer cuya etiología no reflejase relación ni siquiera desde una perspectiva meramente epidemiológica o estadística con el hábito de fumar podría haberse confirmado o descartado mediante una autopsia tempestiva que obviamente ya no resultaba posible practicar al tiempo de interponerse la demanda.

La justificación que se ha indicado para una diferencia entre los plazos de prescripción de las responsabilidades contractual y extracontractual de un calibre como la existente, como regla, en nuestro Derecho es muy discutible; y todavía más en ciertos ámbitos como el de la responsabilidad por productos. Ello explica soluciones unificadoras del

plazo de prescripción como el art. 12.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en línea con el art. 10.1 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985. Así, la acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en esta Ley prescribirá a los tres años a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio.

Esta Ley no es aplicable al caso de autos, pues según su disposición transitoria única no será aplicable a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor, que se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento.

Pero, aunque hubiera sido dicha Ley y no el Código civil aplicable en materia de prescripción extintiva, la demanda habría tenido igualmente que ser desestimada por prescripción.

Debe desestimarse el primero de los motivos del recurso de casación y, en consecuencia, la desestimación del recurso en su integridad sin necesidad de examinar los restantes motivos por la prescripción extintiva de la única acción de responsabilidad civil, la de responsabilidad extracontractual que hipotéticamente podría existir frente a Altadis.

Con carácter subsidiario, en cuanto a los restantes motivos del recurso de casación se formulan las siguientes alegaciones de manera conjunta.

Inaplicabilidad de la responsabilidad objetiva o por riesgo.

Según la jurisprudencia la objetivación de la responsabilidad extracontractual o la llamada «responsabilidad por riesgo», no es aplicable, pues dicha «objetivación» solo procede cuando se trata de actividades excepcional o anormalmente peligrosas y en la realización de cuyos riesgos no interviene como un factor decisivo o necesario la conducta de los propios perjudicados.

A continuación transcribe unas líneas que el abogado que firma el escrito dejó escritas hace ya bastantes años (F. Pantaleón Prieto, «Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)», en J. A. Moreno (coord.), Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Ed. Dykinson, Madrid 2000, págs. 449-451. Así:

«Junto a la primacía de la culpa, también es común a muchos ordenamientos jurídicos la imputación de responsabilidad por los eventos dañosos que son realización de los riesgos típicos de determinadas actividades especialmente peligrosas a quienes las desempeñan con ánimo de lucro. Pues bien, esta realidad -que no cabe identificar con un principio general de imputación de responsabilidad por riesgo a toda actividad empresarial- es perfectamente justificable desde una perspectiva de justicia conmutativa.

»Porque lo es, en efecto, que a quien se le permite explotar en su beneficio una de esas actividades que, aun con la adopción de todas las posibles medidas de precaución econonómicamente justificadas, son extraordinariamente peligrosas y, pese a ello, no se prohíben en razón de su elevada utilidad social y carencia de actividades sustitutorias, se le obligue a sufragar los daños típicos que cause. Que a quien se le permite usufructuar tan anormal porción del stock de riesgos a disposición

y a cargo del conjunto de los ciudadanos, se le haga pechar con los daños a los demás que sean realización típica de esa porción de riesgos.

»Me refiero, naturalmente, a actividades que resultan muy peligrosas sin que las potenciales víctimas puedan hacer nada razonablemente exigible a fin de evitar o reducir su exposición al riesgo correspondiente. Lo que es necesario precisar, cuando, recientemente, hemos podido leer a un ilustre Catedrático de Derecho Civil utilizar el muy sensato argumento de que quien se lucra con una actividad especialmente peligrosa ha de indemnizar los daños que típicamente causa, al objeto de defender la imputación a los fabricantes de tabaco de responsabilidad civil por los daños que fumar causa. Pero es evidente que un cigarrillo solo es peligroso para el fumador cuando lo fuma; como el coñac lo es para el bebedor cuando lo bebe, o como el automóvil para el conductor cuando lo conduce. Y a nadie se le ha ocurrido, hasta la fecha, proponer seriamente que los fabricantes de bebidas alcohólicas respondan civilmente de los daños que el alcohol causa a los bebedores; ni que los fabricantes de automóviles deban indemnizar los daños que sufran en accidentes de circulación todos los conductores, incluidos los que conducían a la máxima velocidad que el automóvil permitía».

La parte recurrente intenta también apoyar su pretensión en el art. 28 LCU pero, salvo que se quiera dar un alcance disparatado a la responsabilidad objetiva prevista en el referido precepto, habrá que convenir que requiere para su aplicación que el producto o servicio de que se trate sea «defectuoso», por no alcanzar los «niveles de pureza, eficacia o seguridad» a los que la propia norma se refiere, defraudando las legítimas expectativas de seguridad del consumidor o usuario típico del mismo; eso sí, aunque tal defecto no pueda ser imputable a culpa o negligencia del fabricante del producto o prestador del servicio. A los «productos y servicios defectuosos» se refiere también el art. 30 de la misma Ley en la redacción dada a este precepto por la disposición final segunda de la Ley 22/1994, de 6 de julio .

Así se recoge en los fundamentos de la sentencia recurrida que transcribe.

Inexistencia de culpa de Tabacalera, hoy Altadis.

En el terreno de la responsabilidad subjetiva o por culpa es un hecho indiscutido que Tabacalera, Altadis años después del fallecimiento de Don Luis Andrés , cumplió todas las normas reglamentarias relativas a las advertencias a los consumidores sobre los riesgos inherentes al consumo de las labores de tabaco, como reconocen, incluso, la parte recurrente y el voto particular discrepante, que, sin embargo, pretenden ampararse en la doctrina jurisprudencial de que el cumplimiento de las normas reglamentarias no es suficiente para exonerar de la responsabilidad por los daños causados.

Pero habrá que convenir con la sentencia a quo que ese expediente de objetivación encubierta de la responsabilidad que se conoce con la expresión «agotamiento de la diligencia» no es aplicable cuando la causación del daño es consustancial al producto de manera que en tanto su venta esté permitida, del hecho único de la venta no puede derivarse responsabilidad para la entidad que acogiéndose a la ley proceda a su suministro.

El art. 13 LCU , tras establecer la obligación de incorporar instrucciones o indicaciones para el correcto uso de los productos o servicios, añade que las exigencias concretas en esta materia se determinarán por los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios, en las reglamentaciones o normativas

especiales aplicables a cada caso.

Y es difícil creer que el Gobierno español al promulgar los RD en materia de advertencias a los consumidores de labores de tabaco, 709/1982, de 5 de marzo, 2072/1983, de 28 de julio, 192/1988, de 4 de marzo y 510/1992, de 14 de mayo, por mencionar únicamente los promulgados antes del fallecimiento del Sr. Luis Andrés , incumpliera su deber constitucional de garantizar el derecho de los consumidores a una información veraz y objetiva.

No existe constatación científica precisa del poder adictivo de la nicotina; pero que dejar el hábito de fumar podía resultar difícil, extraordinariamente difícil, para ciertas personas ha formado parte de la experiencia común y ha sido comúnmente conocido mucho antes de que lo fueran los efectos nocivos para la salud que comporta el consumo de labores de tabaco.

Según la doctrina como J. Solé i Feliu «El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante», Tirant lo Blanc, Valencia 1997, págs. 386-387: «En la medida en que los riesgos derivados del tabaco, del whisky, de la mantequilla o incluso del azúcar son normalmente conocidos por el gran público, su producción no defrauda las legítimas expectativas de seguridad. Por ello, la doctrina libera de forma unánime al fabricante del deber de advertir de los peligros inherentes al consumo de estos bienes, si aquellos fueron claramente perceptibles para el consumidor. El producto no es defectuoso en el sentido del artículo 3.1 LRP , porque sus peligros resultan manifiestos y son socialmente aceptados (criterio de la adecuación social), lo que impide la formación de unas «legítimas expectativas de seguridad» en torno al producto en cuestión. Esta misma aceptación social ha conducido a un sector de la doctrina a afirmar que la determinación de las categorías de productos que debieran estar al alcance de los consumidores o usuarios, es una cuestión más propia del funcionamiento del mercado o, en algunos casos, de una actuación del legislador como representante de la comunidad, que de la decisión de los tribunales».

Tabacalera, a diferencia de lo que sucede con Altadis, fue siempre un concesionario de la Administración del Estado y no un concesionario normal sino una compañía con un capital siempre mayoritariamente estatal, tutelada por un Delegado del Gobierno, provisto del poder de veto sobre las decisiones esenciales de la compañía, en especial, sobre aquellas que pudieran afectar a las rentas que el Estado obtenía de la explotación del servicio público de fabricación y distribución al por mayor de las labores de tabaco.

Cita a efectos ilustrativos en un caso análogo la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Corte de Casación francesa de 20 de noviembre de 2003 que confirma la sentencia de la Corte de Apelación de Orleáns de 10 de septiembre de 2001 que desestimó la demanda de responsabilidad contra Seita (la compañía francesa que era equivalente a Tabacalera y que se fusionó con ésta en la actual Altadis), con una argumentación semejante a la que acaba de exponerse.

Inexistencia de imputación objetiva.

La jurisprudencia ha acogido de modo decisivo la distinción entre causalidad fáctica apreciable conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones e imputación objetiva (por todas, STS de 17 de abril de 2007); señalando como criterios de dicha imputación los del «riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo y de la confianza» (STS de 21 de octubre de 2005).

Conforme a dicho criterio del «incremento del riesgo» o criterio de la «conducta alternativa correcta», no cabe imputar el resultado dañoso a la conducta negligente cuando se constate que el mismo resultado se habría producido también, de haber obrado el pretendido responsable con la diligencia debida (L. Diez Picazo, Derecho de daños, Ed. Civitas, Madrid 1999, pág. 348).

Desde estas premisas, en aunque pudiera acogerse la hipótesis de que la no advertencia del riesgo de adicción hubiera constituido «culpa» por parte de Tabacalera, el recurso de casación no podría estimarse, pues el fallecimiento del Sr. Luis Andrés no podría ser objetivamente imputado a esa pretendida negligencia conforme al criterio del «incremento del riesgo».

Según el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida Altadis ha cumplido sus obligaciones; es un hecho admitido en la litis que las cajetillas de tabacos suministradas por la misma llevan las advertencias exigidas, aunque no la relativa a la adicción.

Esta omisión no debe conllevar la declaración de responsabilidad que se pretende no solo porque esta exigencia no está exigida reglamentariamente, sino porque las advertencias insertas en las cajetillas son lo suficientemente contundentes y explícitas y no existe fundamento 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 de las otras advertencias efectuadas ha logrado.

Esta valoración del Tribunal a quo como con carácter general las valoraciones en que descansan los juicios de imputación objetiva podía haber sido revisada en casación. Pero al no haberse impugnado en el recurso de casación ha devenido firme, por tanto, queda excluida toda posibilidad de atribuir la muerte del Sr. Luis Andrés a la pretendida negligencia consistente en la falta de advertencia sobre el riesgo de adicción.

A la misma conclusión cabe llegar, además, conforme al criterio de la «asunción del propio riesgo», como declara también la sentencia recurrida en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho cuarto. Valoración que había hecho también la sentencia de Primera Instancia en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto con mayor detalle que se transcribe.

La valoración sobre la asunción voluntaria del riesgo ha sido impugnada en el recurso en base a que D. Luis Andrés adquirió la adicción nicotínica a los 14 o 15 años de edad, lo que impediría predicar la voluntariedad de aquella asunción. Pero lo cierto es que el Sr. Luis Andrés habría fumado, aproximadamente, 700 000 cigarrillos desde que alcanzo la mayoría de edad y 250 000 desde que las cajetillas comenzaron a contener advertencias sobre el riesgo que fumar representa.

Según el recurso Don Luis Andrés dejó de fumar dos años antes de que se le diagnosticara se la enfermedad y añade que le resultó muy difícil dejarlo; pero no se ha aportado ninguna prueba de que el Sr. Luis Andrés tuviera que someterse a ningún tratamiento para conseguirlo. Es más, por la prueba de confesión de su cónyuge, posición 5.^a, quedó demostrado que su marido nunca recurrió, a tal efecto, a ningún tipo de ayuda externa (médicos, psicólogos, parches, chicles, etc.). Y, en consecuencia, la alegación de que a causa de la adicción a la nicotina que padecía no puede considerarse voluntaria su asunción del riesgo a la salud que su hábito de fumar comportaba no puede prosperar. No hay ninguna razón para afirmar que el esfuerzo de voluntad que el Sr. Luis Andrés habría tenido que realizar para abandonar dicho

habito antes de consumir aquellos 700 000 o 250 000 cigarrillos habría sido mayor que el de las muchísimas personas que han conseguido dejarlo.

Cita de nuevo la SAP de Alicante de 7 de enero de 2003 , sobre la voluntariedad del acto de fumar.

La demanda debía fracasar, incluso, en el terreno de la causalidad puramente fáctica. En este sentido, transcribe el párrafo primero del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de Primera Instancia.

La solidez de los argumentos jurídicos con que contaba la Audiencia para confirmar el fallo desestimatorio del Juzgado era tanta que la sentencia recurrida no consideró oportuno ocuparse de la cuestión de si dado que existen fumadores que nunca llegan a contraer una enfermedad como la que causó la muerte de Don Luis Andrés y no fumadores que sí la contraen, existía prueba suficiente de que el consumo de cigarrillos fue la verdadera causa del cáncer que provocó la muerte del Sr. Luis Andrés

El recurso insiste en los informes médicos aportados demostrativos de la conexión epidemiológica o estadística existente entre el consumo de tabaco y el adenocarcinoma pulmonar, esto es, demostrativos de que dicho consumo es uno de los factores del riesgo de dicha enfermedad debían considerarse suficientes ya que eran la máxima prueba que se podía ofrecer.

Es jurisprudencia reiterada y notoria que la carga de la prueba del nexo causal entre la conducta del agente y el daño del cómo y porqué del evento dañoso corresponde al perjudicado tanto en la responsabilidad por culpa como en la responsabilidad por riesgo sin que quepan inversiones de la carga de la prueba y que es precisa una prueba terminante, sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades. La certeza probatoria o una probabilidad muy elevada rayana en la certeza.

Jurisprudencia que el voto particular discrepante parece ignorar.

Una mera interrelación epidemiológica o estadística no es suficiente para estimar probada la relación de causalidad necesaria para establecer la responsabilidad civil.

No es cierto que ello comporte imponer al perjudicado una carga imposible de absolver. Es perfectamente razonable exigirle, por un lado, una documentación médica completa procedente de los facultativos que hayan tratado al paciente y que permita encuadrar, sin duda, la concreta enfermedad padecida por él en uno de los tipos respecto de los que el consumo de tabaco es no uno de los factores de riesgo sino el factor de riesgo preponderante. Y, por otro, una pericial médica que establezca con el necesario rigor la no o la no significativa concurrencia de otros factores de riesgo de dicho tipo de enfermedad.

Y Don. Arturo y Hugo no vieron ni trataron personalmente al Sr. Luis Andrés ni se le practicó una autopsia que descartase la posibilidad de que el adenocarcinoma hubiera sido una metástasis de otro tipo de cáncer no relacionado ni siquiera en parámetros meramente epidemiológicos o estadísticos con el hábito de fumar ni se analizó la concurrencia significativa, o no, de otros factores de riesgo del repetido adenocarcinoma pulmonar.

Incluso, si quisiera sostenerse la tesis de que la prueba aportada habría justificado una

inversión de la carga de la prueba del nexo de causalidad en contra de Altadis, la habrían colocado en una situación de indefensión por los más de 4 años transcurridos desde el fallecimiento de Don Luis Andrés hasta la interposición de la demanda.

En el supuesto de que la Sala entendiese que existió una relación contractual entre el Sr. Luis Andrés y Altadis y negase la prescripción extintiva de la acción ejercitada, el recurso de casación debería ser igualmente desestimado por inexistencia de culpa de Altadis por imposibilidad de imputar objetivamente el resultado dañoso conforme a los criterios del incremento del riesgo y de la asunción voluntaria del riesgo por el perjudicado, e, incluso, por falta de prueba de nexo causal entre el consumo de tabaco y la concreta enfermedad de la que falleció Don Luis Andrés .

Termina solicitando de la Sala que tenga por formalizada en tiempo y forma oposición al recurso de casación interpuesto por Doña Antonieta y otras personas contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) de 1 de diciembre de 2003 , dictada en el rollo de apelación 505/2001, dimanante de los autos de juicio ordinario 36/1998 del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Barcelona; y, en consecuencia, tras los trámites legales pertinentes, dictar sentencia por la que se desestime en su integridad el recurso de casación interpuesto.

OCTAVO.

- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 17 de febrero de 2009, en que tuvo lugar.

NOVENO

.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

STJCE, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TJCE, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. **D.JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**
, Presidente de Sala que expresa el parecer de la Sala.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO

. -Resumen de antecedentes.

1. La demandante, en nombre propio y de sus hijos, presentó demanda el 15 de enero de 1998 ejercitando una acción de responsabilidad civil fundada en la existencia de una relación contractual entre su esposo, fallecido en fecha 19 de noviembre de 1993 víctima de un adenocarcinoma de pulmón, y la entidad Altadis, S. A., en su condición de mayorista de labores de tabaco, a cuyo consumo se atribuía por la reclamante la causa del fallecimiento de su esposo.

2. La sentencia dictada en la instancia consideró que con una interpretación laxa podría admitirse la existencia de una relación contractual entre el fallecido y la demandada, a pesar de necesitar esta del entramado de estancos o puntos de venta, pero desestimó en definitiva la demanda por entender que no se había demostrado la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta de la demandada y el fallecimiento del familiar de los demandantes.

3. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, excepto en el pronunciamiento relativo a las cosas, pero discrepó en sus razonamientos. Entendió, en efecto, que no había existido vínculo contractual alguno entre el esposo de la actora y la entidad demandada, sino que la relación contractual, que se perfeccionó con la compra del tabaco y el pago del precio, se concertó con la expendedoría o expendedorías de tabaco; que, siendo la relación extracontractual, había transcurrido el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968 CC entre el fallecimiento del familiar de los demandantes y la fecha de presentación de la demanda; que, aunque no fuera así, no existía responsabilidad por no ser aplicable la LCU a los productos peligrosos cuyo suministro está legalizado, siempre que se cumpla con el deber de información impuesto normativamente; y que la omisión de la advertencia de que el trabajo produce adicción no puede constituir, según las reglas de la lógica, causa eficiente del resultado dañoso producido.

4. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte actora, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC .

SEGUNDO.

-Enunciación del motivo primero.

El motivo primero de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los arts. 1254, 1257, 1445 y 1964 CC y también en contra de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 38/1995 por cuanto el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida concluye la no existencia de un contrato entre Altadis y el fumador en contra de los preceptos expresados.»

El motivo se funda, en síntesis, en que existe una relación contractual entre Tabacalera, actualmente Altadis, y el fumador por darse los elementos previstos en el CC para la existencia de un contrato (de adhesión) independientemente del

mecanismo de distribución intermedio (la intervención del Estado es solamente de regulación, por lo que se infringe la Ley del monopolio fiscal de tabacos), como demuestra el hecho de que Tabacalera realiza publicidad para promocionar las ventas y que cada operación de venta devenga separadamente un impuesto recaudado por Tabacalera. Argumenta a continuación sobre la responsabilidad que dimana del contrato por falta de información.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.

-Inexistencia de relación contractual entre la entidad fabricante del tabaco y el comprador en las expendedurías.

A)

La distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual impone que la primera alcanza únicamente a los daños por los que reclama el comprador en relación con el contenido y dentro de la reglamentación del contrato de compraventa, pero no puede ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños cuyo alcance resulta ajeno a la órbita del contrato y, por ende, deben ser considerados de naturaleza extracontractual (STS 14 noviembre 2008, RC n.º 3992/2001).

Según la jurisprudencia de esta Sala «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-» (STS de 31 de octubre de 2007, RC n.º 3219/2000). Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928, 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil.

En el ámbito del Derecho comunitario, el TJCE, al abordar la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a los efectos de la aplicación de los reglamentos Roma I y Roma II (subrayando que el concepto de responsabilidad extracontractual es un concepto autónomo a los efectos de la aplicación de los reglamentos comunitarios independiente de los Derechos de los Estados miembros), considera como extracontractual «toda responsabilidad que no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra» (SSTJCE C- 189/87, C-261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00).

B)

En el caso examinado los daños causados que la parte recurrente imputa a la deficiente información en las cajetillas de tabaco vendidas del riesgo de adicción que produce la nicotina consisten en el fallecimiento de una persona. Este resultado dañoso, atribuido al consumo constante de tabaco durante muchos años, rebasa ampliamente la órbita de los distintos contratos de compraventa celebrados presumiblemente con distintos expendedores tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, el incumplimiento de la obligación de información debe imputarse al fabricante y no a los vendedores. Por otra parte, el perjuicio por lo que se reclama no corresponde *iure hereditatis*

[por derecho hereditario] a los demandantes, sino que debe entenderse que responde al daño moral *opretium doloris*

[valor del sufrimiento] padecido por el fallecimiento de un familiar. Resulta evidente, en consecuencia, que ni el sujeto activo ni el sujeto pasivo de la relación de responsabilidad civil que pretende establecerse se corresponden con los elementos subjetivos de los contratos de compraventa celebrados.

Desde el punto de vista objetivo, el daño no ha sido causado por un incumplimiento producido en la estricta órbita de lo pactado con el vendedor. Se trata de daños ajenos a la naturaleza del negocio, ya que derivan de una información hipotéticamente deficiente sobre la peligrosidad del producto imputable al fabricante, importador o distribuidor mayorista.

C)

Resulta imposible vincular el daño, como pretende la parte recurrente, a una relación de carácter contractual entre el comprador, luego fallecido, y la entidad que ostentaba el monopolio de tabacos y que luego fue privatizada.

Por una parte, como se ha visto, los demandantes no traen causa del comprador, sino que accionan como directamente perjudicados en el daño moral producido por el fallecimiento de un familiar.

Por otra parte, son los expendedores los sujetos vinculados por una relación contractual con el comprador de tabaco fallecido.

El Estado, a través del Ministerio de Economía y Hacienda primero, cuyas atribuciones fueron en su tiempo desarrolladas por la Delegación del Gobierno en Tabacalera, luego en el Monopolio de Tabacos, y en la actualidad por el Ministerio de Economía y Hacienda, a través del Organismo Autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos realiza una actividad de supervisión y control de los distintos operadores del mercado dirigida al cumplimiento de las exigencias de servicio público en la venta al por menor. Esta puede realizarse según la Ley hoy vigente (Ley 28/2005, de 26 de diciembre) en la red de expendedurías de tabaco y timbre o a través de máquinas expendedoras, ubicadas en establecimientos que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas. Corresponde asimismo al Estado la vigilancia de los planes y campañas de publicidad de los productos del tabaco con arreglo, en la actualidad, a la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre , en sintonía con las actuaciones previstas en la Estrategia Europea para el Control del Tabaquismo 2002 de la Región Europea y con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 y ratificado por España el 30 de diciembre de 2004.

La relación entre el comprador del tabaco y los fabricantes, importadores y mayoristas no es una relación de carácter contractual libremente establecida entre ellos, por cuanto los distintos contratos de compraventa de cajetillas se celebran con los expendedores, los cuales actúan en establecimientos abiertos al público en nombre y por cuenta propia. Los expendedores son concesionarios del Estado habilitados para la venta al por menor, en régimen de exclusividad, de las llamadas labores de tabaco adquiridas de los correspondientes distribuidores mayoristas (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y RD 1129/1999). Según el RD 1129/1999, «[e]stas expendedorías se emplazarán necesariamente en un establecimiento mercantil en funcionamiento de la localidad de que se trate, donde la venta de los productos monopolizados constituye una actividad complementaria de la comercial que, con carácter principal, aquél desarrolle.»

Esta situación no resulta afectada por la existencia de un régimen de intervención por razones de interés público que se traduce en la gestión de la actividad como servicio público en régimen de monopolio estatal, pero que no transforma a los expendedores en agentes o representantes de la entidad titular del monopolio. No afecta a esta consideración el hecho de que sea la entidad titular del monopolio la que lleve a cabo la publicidad del tabaco, puesto que el fabricante puede estar interesado en fomentar la venta del producto por los expendedores, ni tampoco el hecho de que la entidad titular del monopolio deba satisfacer al Estado una cantidad por el impuesto recaudado por el expendedor respecto de cada una de las cajetillas, pues la relación tributaria tiene carácter autónomo y la intervención en ella como sustituto del contribuyente no altera la naturaleza ni los efectos civiles de los contratos celebrados.

D)

En consecuencia, los daños por los que se reclama rebasan ampliamente el ámbito subjetivo y objetivo de la relación contractual establecida entre los expendedores en los distintos contratos de compraventa y el comprador fallecido y deben ser considerados como de naturaleza extracontractual.

Consecuencia ineludible de la anterior apreciación es la consideración de que la acción ejercitada en la demanda estaba prescrita por el transcurso del plazo de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual en el artículo 1968 CC , según se infiere de los datos de hecho que la sentencia recurrida considera probados y que no pueden ser revisados en este recurso de casación. En efecto, en el momento de la presentación de la demanda había transcurrido con exceso el citado plazo desde el momento del fallecimiento del familiar de los demandantes.

Habiéndolo estimado así la sentencia recurrida, no se aprecia la infracción denunciada.

CUARTO

. -*Desestimación del motivo segundo.*

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los arts. 1902 y 1968 CC . Y de los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 13, 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , en tanto que la sentencia recurrida en su fundamento de tercero y cuarto tan solo aplica la responsabilidad extracontractual.»

El motivo se funda, en síntesis, en que, al ser una relación contractual se infringen los artículos del Código civil que regulan la relación contractual y que se ha incurrido en

responsabilidad por infracción de la LCU, al no haber avisado Tabacalera del riesgo mayor que tiene el tabaco, que es la adicción que genera y avisar de los restantes riesgos de forma genérica sin incluir la dosis recomendada, la composición ni los aditivos.

En este motivo se plantea, bajo una diferente perspectiva, la misma cuestión resuelta al examinar el motivo primero de casación, por lo que, al igual que éste, debe ser desestimado.

QUINTO. -

Desestimación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los arts. 25 y 27 de la Ley 14/1986, de 25 de abril , e infracción del art. 1 del RD 192/1988, de 4 de marzo , ya que no se aplican correctamente en el fundamento derecho tercero de la sentencia recurrida.»

El motivo se funda, en síntesis, en que, dado que según el artículo 1 del RD 192/1988, de 4 de marzo , el tabaco es perjudicial para la salud, quien lo comercializa y se lucra con ello debe extremar su cuidado informando a los clientes de la adicción que el tabaco causa, la cual produjo la muerte del causante de los demandantes, según la prueba obrante en autos.

Este motivo debe ser desestimado, pues el examen tiene como presupuesto el éxito de los anteriores motivos de casación, los cuales han sido desestimados.

SEXTO.

-Desestimación del motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Si bien la sentencia recurrida no habla de la inversión de la carga de la prueba, creo que en este recurso debemos de hablar de ello en aplicación de la Ley de consumidores y usuarios Ley 26 /1984 , que tal como ya he expresado en el anterior motivo, considero infringida en sus arts. 1, 2, 3, 4, 5, 13, 25 y 28 .»

El motivo se funda, en síntesis en que la sentencia no aplica la inversión de la carga de la prueba que procedía en virtud del principio de responsabilidad por riesgo, facilidad probatoria, presunción de responsabilidad por incumplimiento contractual y protección de las situaciones de inferioridad consagrado en la LCU en favor de los consumidores, contra los que no puede operar la inversión de la carga de la prueba.

Este motivo debe ser desestimado, pues su examen tiene como presupuesto el éxito de los anteriores motivos de casación, los cuales han sido desestimados.

SÉPTIMO.

-Desestimación del motivo quinto.

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Considero infringido el RD 709/1982, de 5 de marzo y el RD 2072 /1983, de 28 de julio.»

El motivo se funda, en síntesis, en que a partir de 1982 avisan los paquetes de tabaco que «el tabaco perjudica seriamente la salud» pero Tabacalera, hoy Altadis, debió ir más allá para ayudar a sus clientes con los que se lucra, avisando de que el tabaco genera adicción, padecida por el causante, el cual nació en Barcelona el 4 de agosto de 1951, empezó a fumar aproximadamente hacia el año 1965 o 1966, a la temprana edad de 14 o 15 años y llegó a ser un gran fumador (dos o tres paquetes diarios).

El motivo debe ser considerado inadmisibile, pues en él se denuncia la infracción de disposiciones de carácter administrativo no susceptibles de ser examinadas en un recurso de casación civil. Por otra parte, su examen tiene como presupuesto el éxito de los anteriores motivos de casación, los cuales han sido desestimados.

OCTAVO.

-Desestimación del motivo sexto.

En este motivo la parte recurrente defiende que debe excluirse la imposición de costas, dada la importancia de conocer la opinión del Tribunal Supremo sobre la materia.

El motivo debe ser desestimado, pues en él no se plantea infracción alguna cometida por la sentencia recurrida, sino que se formula una pretensión para el caso de que sea desestimado el recurso de casación.

NOVENO.

-Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC, pues no se aprecia que concurren las circunstancias mencionadas en el citado precepto para justificar su no-imposición.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallo

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Antonieta , D. Carlos María , D.^a María Virtudes y D. Federico contra la sentencia de 1 de diciembre de 2003 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó en el rollo de apelación n.º 505/2001, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»El Tribunal acuerda: Estimamos en parte el recurso de apelación impuesto por la representación procesal de Dña. Antonieta y de sus hijos Federico , Carlos María y María Virtudes contra la sentencia de 2 de marzo de 2001 que modificamos en el

extremo relativo a la imposición a la actora de las costas de la instancia que dejamos sin efecto.

»Estimamos la impugnación efectuada por la representación procesal de Altadis, S. A., y declaramos que la relación enjuiciada se enmarca dentro del ámbito de la relación extracontractual.

»Mantenemos la resolución en los demás extremos.

»No hacemos expresa condena en las costas devengadas en esta alzada».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. José Almagro Nosete. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos**

, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.