

Resolución de 28 de noviembre de 2019 de la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol por la que se estima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Compañía de Bebidas Pepsico, S.L. La Sección estimó la reclamación declarando que la publicidad reclamada infringía la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (publicidad comparativa).

Frente a dicha resolución, Bebidas Pepsico, S.L., interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su resolución de 8 de enero de 2020.

Resumen de la Resolución:
Compañía de Bebidas Pepsico, S.L. vs. Resolución Sección Séptima de 28 de noviembre de 2019
(Asunto “Pepsi MAX. TV e Internet”)

Resolución de 28 de noviembre de 2019 de la Sección Séptima del Jurado de Autocontrol por la que se estima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Compañía de Bebidas Pepsico, S.L.

La reclamación se formuló frente a un anuncio difundido en televisión e internet en el que se promovía la bebida Pepsi MAX. El anuncio se inicia con una lata de la bebida Pepsi Max colisionando con otra lata roja sin marca al tiempo que leemos “VS”. Tras ello, se podía observar a varias personas realizando una cata a ciegas de las dos bebidas servidas en vasos de cristal con varios hielos mientras se apreciaba un stand con el logotipo de Pepsi MAX acompañado de la mención “Reto del sabor”. En el anuncio aparecía el mensaje: “El 54% habéis elegido el sabor de Pepsi MAX” seguido de un collage de imágenes en las que aparecen varias personas sonriendo y posando con latas de la bebida promocionada. Durante gran parte del anuncio, en el margen inferior y en letra de menor tamaño, se puede leer la siguiente superimpresión: “Resultado test ciego sabor Pepsi MAX vs Coca-Cola zero azúcar certificado por GfK: 22.008 participantes. 6 junio – 28 julio 2019. www.pepsimax.es. Utiliza las escaleras en lugar del ascensor. www.habitosdevidasaludables.com”.

El particular consideraba que la Publicidad reclamada constituía un supuesto de publicidad comparativa ilícita en la medida en que el sabor, como característica objeto de la comparación, no puede considerarse una cualidad objetiva.

El Jurado entendió que la publicidad reclamada vulneraba la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (publicidad comparativa), porque en la publicidad se difundían datos objetivos (como puedan ser los resultantes de un estudio de preferencias de consumidores) pero referidos a una característica (como el sabor) que no es susceptible de verificación objetiva y por tanto no se cumplen los requisitos exigidos por la norma que prevé que se “comparen de forma objetiva” características “verificables” de los correspondientes productos o servicios.

Recurso de alzada

Frente a dicha resolución, Bebidas Pepsico, S.L., interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Pleno en su resolución de 8 de enero de 2019.

Texto completo de la Resolución del Jurado:
**Compañía de Bebidas Pepsico, S.L. vs. Resolución Sección Séptima de 28 de
noviembre de 2019**
(Asunto “Pepsi MAX. TV e Internet”)

En Madrid, a 8 de enero de 2020, reunido el Pleno del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, para el estudio y resolución del recurso de alzada presentado por la mercantil Bebidas Pepsico, S.L. contra la Resolución de la Sección Séptima del Jurado de 28 de noviembre de 2019, emite la siguiente

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado día 11 de noviembre de 2019, un particular presentó una reclamación frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Compañía de Bebidas Pepsico, S.L.

2.- Se da por reproducida la publicidad reclamada así como los argumentos esgrimidos por las partes, tal y como se recogen en la resolución de la Sección Séptima del Jurado de 28 de noviembre de 2019 (en adelante, la “**Resolución**”).

3.- Mediante la citada Resolución, la Sección Séptima del Jurado acordó estimar la reclamación presentada.

4.- El 13 de diciembre de 2019, la mercantil Compañía de Bebidas Pepsico, S.L. (en adelante “**Bebidas Pepsico**”) interpuso recurso de alzada frente a la Resolución, arguyendo un único motivo de impugnación, el cual se asienta en la misma razón que alegó en la reclamación.

En dicho escrito, la recurrente considera que tanto la Resolución reclamada como la doctrina del Jurado de Autocontrol han de ser revisadas al no estar en línea con el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, ya que tanto la Resolución como la doctrina no se ajustan a la mencionada Directiva tal y como ha sido interpretada por diferentes tribunales nacionales y comunitarios así como por parte de la doctrina más reputada, los cuales, según la recurrente, consideran lícitas las comparaciones objetivas entre una o más características de los bienes o servicios cuando aquellas se fundamentan en elementos de hecho, esto es, en estudios de mercado, análisis o artículos. Por tanto, al contrario de la tesis defendida por el Jurado de Autocontrol, que la comparación objetiva haya de referirse a características “verificables” no implica que dichas características tengan que ser “objetivas” *per se*, sino que han de ser susceptibles de ser demostrables o comprobables objetivamente.

Para apoyar sus argumentos la recurrente aporta jurisprudencia de diversos tribunales extranjeros, la cual, pese a reconocer que no resulta vinculante, considera que el Pleno no debe ignorar.

A mayor abundamiento, la recurrente considera que el trato diferente en cuanto a los diferentes requisitos a los que se somete la publicidad considerada de tono excluyente y la

publicidad comparativa –más estrictos en este segundo tipo de publicidad- no está justificado al no encontrar razón de ser que permita considerar “objetivo y verificable” un mensaje publicitario excluyente basado en la comparación del sabor de un producto con los de sus competidores (que manifiesta, por tanto, su superioridad frente al resto), y al mismo tiempo, mantener que no es lícita una publicidad comparativa que, pese a realizarse de forma objetiva, tiene como objeto de comparación esa misma característica –el sabor– que, ahora sí, se considera “subjetiva y no verificable”. Por esta razón, Bebidas Pepsico opina que la tesis que el Jurado ha venido defendiendo en casos de publicidad comparativa es incompatible con la doctrina mantenida en los supuestos de publicidad de tono excluyente.

5.- Trasladado el recurso de alzada al particular reclamante, éste ha presentado escrito de impugnación en plazo.

En él reitera que, pese a las alegaciones de la recurrente, la publicidad controvertida continuaría vulnerando la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, ya que, al contrario de la tesis defendida por Bebidas Pepsico, aduce que el sabor, como característica objeto de comparación, no puede considerarse una cualidad objetiva. En este sentido, aporta una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de noviembre de 2018 (Asunto C-130/17) en la que este Tribunal, en el marco de un procedimiento prejudicial sobre propiedad intelectual, consideró que no hay posibilidad de identificación precisa y objetiva del sabor de un alimento, ya que según se indica en la sentencia, la identificación del sabor de un alimento se basa en lo esencial en sensaciones y experiencias gustativas, que son subjetivas y variables, toda vez que dependen, en particular, de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión, como su edad, sus preferencias alimentarias y sus hábitos de consumo, y del entorno o del contexto en que tiene lugar la degustación del producto.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- A la luz de los antecedentes de hecho hasta aquí descritos, es evidente que el recurso planteado por Bebidas Pepsico sitúa a este Pleno ante la misma cuestión central que debatió y decidió la Sección. A saber: si, en el ámbito de la publicidad comparativa, es suficiente con que la comparación se realice de modo objetivo (de forma que ésta arroje datos objetivos y comprobables) o si, por el contrario, es preciso también que dicha comparación objetiva se refiera a características asimismo verificables o susceptibles de valoración objetiva.

En el primer caso, es evidente que un anuncio como el que es objeto del presente procedimiento (en el que se difunden los resultados de un test de preferencias realizado entre los consumidores en relación con el sabor de dos bebidas refrescantes) debería ser considerado -desde una perspectiva estrictamente deontológica- esencialmente lícito, puesto que en el caso que nos ocupa no se han puesto en discusión ni las características del test ni su suficiencia para reflejar las preferencias de los consumidores. En caso contrario (esto es, si se entiende que la comparación debe realizarse de forma objetiva y, además, referirse a características verificables), la publicidad que ahora nos ocupa debería ser considerada contraria al Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante “**Código de Autocontrol**”). En efecto, aun cuando se asuma que la comparación que en ella se refleja es objetiva y suficiente para reflejar las eventuales preferencias de los consumidores (cuestión ésta que, reiteramos, no ha sido puesta en duda), aquella comparación, al referirse al sabor de dos bebidas refrescantes, no se estaría refiriendo a características asimismo verificables.

2.- El Pleno del Jurado, ante todo, desea expresar su reconocimiento al generoso y profundo esfuerzo dialéctico desarrollado por la parte recurrente, que tanto en su escrito en la instancia como en el escrito de recurso ha desarrollado un sólido discurso, apoyado en una importante investigación doctrinal y de jurisprudencia comparada, tendente a defender la primera de las dos tesis antes descritas.

Sin embargo, y pese a este esfuerzo, el Pleno del Jurado debe partir recordando el viejo brocardo conforme al cual *in claris non fit interpretatio*. Esto es, no cabe recurrir a la interpretación para forzar la literalidad de las normas cuando esta literalidad es clara en su alcance y resultado.

Y éste es, precisamente, a juicio de este Pleno, el caso que nos ocupa. Ni el tenor literal de la norma 22 del Código de Autocontrol, ni el tenor literal de su correlativo en la Ley de Competencia Desleal (el artículo 10) permiten albergar duda alguna sobre su significado y alcance.

3.- En efecto, la norma 22 del Código Autocontrol (que coincide, en esencia, con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal) establece lo siguiente: “*La publicidad comparativa, directa o indirecta, deberá respetar los requisitos expuestos seguidamente: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por las normas 14, 20 y 21 del presente Código en materia de actos de engaño, denigración y confusión y explotación de la reputación ajena*”.

4.- Como bien apreció la Sección en la resolución de instancia, en una tesis que este Pleno suscribe íntegramente, basta la lectura de la letra b) del precepto que acabamos de reproducir para concluir que, en ella, la objetividad de la comparación y la verificabilidad de las características de los productos a los que ésta se refiere son dos características distintas y -lo que es más importante- acumulativas. Esto es, la norma 22 del Código de Autocontrol no exige sólo que la comparación sea objetiva. Tampoco exige únicamente que la comparación se refiera a características verificables. Antes bien, exige ambas cosas. Esto es, que la comparación se realice de modo objetivo entre una o más características verificables de los correspondientes productos o servicios; esto es, entre una o más características que no dependan de una apreciación subjetiva.

Así las cosas, cualquier interpretación de la norma 22 del Código de Autocontrol tendente a concluir que es posible comparar características que no son susceptibles de un juicio objetivo (como el sabor) siempre que la comparación se realice de modo objetivo (por ejemplo, a través de un test de consumidores) supondría utilizar la interpretación para forzar la literalidad de aquel precepto, reconduciendo a un único requisito lo que en la norma aparece claramente perfilado como dos requisitos distintos, independientes y acumulativos.

Esta es la razón por la que no pueden admitirse los argumentos de la recurrente cuando afirma en su escrito -citamos textualmente- lo siguiente: “*al contrario de lo que mantiene el Jurado (Fundamento Deontológico 6 de la Resolución), que la comparación objetiva haya de referirse a características “verificables” no implica que dichas características tengan que ser*

"objetivas" per se (o que no puedan ser "subjetivas"), sino que han de ser susceptibles de ser demostrables o comprobables objetivamente. En la práctica, el análisis de licitud de la publicidad habrá de implicar que se examine si la concreta manifestación publicitaria referida a dichas características está fundamentada en análisis o estudios objetivos, que permitan, por tanto, la comprobación o verificación de sus resultados".

Puede observarse con claridad que en esta alegación -que condensa y resume en buena medida el discurso de la recurrente- se identifica la verificabilidad de la característica con la verificabilidad o comprobabilidad de los resultados de los estudios sobre dicha característica. Pero si una cosa es la característica y otra la forma en que se compara, ha de concluirse necesariamente que la verificabilidad o comprobabilidad de los estudios aseguran la objetividad de la forma en que es comparada la característica, mas no la verificabilidad de ésta. Dicho con otros términos, la verificabilidad o comprobabilidad de los resultados de los estudios sobre una característica de un producto aseguran la objetividad de la comparación, pero no prejuzgan la verificabilidad de la característica en sí misma considerada. Y el artículo 22 del Código de Autocontrol, como hemos dicho, impone ambas exigencias de forma acumulativa.

En consecuencia, y en ausencia de cualquier precedente a este respecto en la jurisprudencia española (que, como bien señaló la Sección, en caso de existir, sería inmediatamente acatado y aplicado por este Jurado) debe concluirse que la norma 22 del Código de Autocontrol exige no sólo que la comparación se realice de modo objetivo, sino también que se refiera a características susceptibles de un juicio objetivo o verificables. Por consiguiente, una comparación objetiva (por ejemplo, a través de un test de consumidores) pero relativa a una característica que no es susceptible de un enjuiciamiento objetivo (como el sabor) debe considerarse que no cubre de forma suficiente las exigencias impuestas por la norma 22 del Código de Autocontrol.

5.- Por lo demás, a juicio de este Pleno, es ésta la interpretación que mejor se acomoda, tanto a la doctrina previa de este Jurado, como a la propia evolución histórica del régimen jurídico de la publicidad comparativa.

Desde la primera perspectiva, y como hizo constar la Sección, debe advertirse que la tesis que se refleja en esta resolución ya fue previamente establecida por este Jurado en su resolución de 8 de agosto de 2006, de la Sección de Guardia del Jurado de Autocontrol (Asunto "El reto del zumo Pascual"). Se afirmaba en ella lo siguiente: *"El Jurado ha aplicado este precepto en numerosas ocasiones, definiendo las condiciones de licitud que han de darse en la comparación. Siguiendo la doctrina precedente, el sentido en que se ha de interpretar la exigencia de que las características sean "objetivamente demostrables" es que la característica comparada sea susceptible de una valoración o ponderación objetiva. La propia reclamada reconoce en su escrito -como así se recoge en la doctrina del Jurado- que el sabor en sí es algo subjetivo, opinable, sobre lo que no puede existir "prueba de verdad". Sin embargo, argumenta que un estado de opinión en un sentido determinado sí puede ser objetivamente demostrable. Esta pretendida interpretación de la norma 22 no puede tener acogida, pues dejaría sin contenido la propia norma, dado que el hecho de constatar de determinado modo (objetivo) un elemento de la realidad subjetivo (como el sabor) no transmuta la naturaleza del elemento sometido a comparación, que sigue siendo subjetivo. En todo caso, podemos acudir también al contenido del art. 6 bis de la Ley General de Publicidad, que refuerza esta interpretación. El citado precepto, entre los requisitos que ha de reunir la publicidad comparativa para estar permitida, dispone: "La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio". De donde se desprende con claridad que la característica objeto de la*

comparación ha de ser susceptible de una valoración objetiva o verificable. Evidentemente el sabor de una bebida no es ni una característica objetiva ni una característica verificable en la medida en que variará en función de la persona que tenga que emitir el juicio sobre el sabor, en este caso, sobre el “sabor más parecido al natural”. Por consiguiente, no puede ser considerada conforme a la norma 22 del Código de Conducta una publicidad comparativa en la que la característica comparada es de naturaleza subjetiva, como el sabor de un zumo”.

6.- Es importante señalar que no es cierto -como defendió la recurrente en la instancia- que la doctrina que incorpora esta resolución hubiese sido abandonada y superada por resoluciones posteriores del Jurado. Como bien hizo constar la Sección en su resolución de instancia, ninguna de las resoluciones invocadas a este respecto por la reclamada se referían a casos de publicidad comparativa. Antes bien, todas ellas se referían a supuestos de publicidad de tono excluyente.

La recurrente no objeta esta constatación de la resolución de instancia. Sin embargo, insiste en la cita de aquella doctrina posterior del Jurado, para afirmar que no puede sostenerse que una alegación relativa al sabor es objetiva cuando es publicidad de tono excluyente y no lo es cuando es publicidad comparativa.

Con este argumento -y dicho sea con todos los respetos hacia el encomiable esfuerzo dialéctico desarrollado por la recurrente- ésta incurre en el error de confundir la objetividad de una afirmación con la objetividad de la característica a la que aquella comparación se refiere.

En efecto, en las resoluciones que invoca la recurrente el Jurado debía enfrentarse a alegaciones publicitarias en las que se afirmaba que un producto era el preferido de los consumidores. En la medida en que esta alegación se realizaba en el contexto de anuncios en los que ni se identificaba ni resultaba identificable ningún competidor, dos eran las posibilidades que se abrían para su calificación: o se calificaban como publicidad de tono excluyente, o se calificaban como meros juicios estimativos. A la hora de optar por una calificación u otra, resultaba decisivo determinar si la afirmación era objetiva o no. En efecto, si la alegación era objetiva, y por tanto susceptible de prueba, nos encontraríamos ante la afirmación objetiva de una situación de liderazgo o preeminencia que daría origen a un supuesto de publicidad de tono excluyente. En caso contrario, nos encontraríamos ante un mero juicio estimativo.

Es en este específico y concreto debate cuando el Jurado concluye, en las resoluciones invocadas por la recurrente, que las alegaciones o afirmaciones publicitarias objeto de análisis eran objetivas y, por consiguiente, debían ser objeto de prueba. Esto es, el anunciante debería encontrarse en condiciones de acreditar la exactitud de la posición de preeminencia alegada.

Pero, como avanzábamos, una cosa es la objetividad de una afirmación, y otra bien distinta la objetividad de la característica a la que se refiere. Para ilustrarlo, nada mejor que un ejemplo. Supongamos una alegación en la que se afirma que un personaje famoso opta por el sabor de un determinado producto. La afirmación, en sí misma, es una afirmación objetiva, en la medida en que remite a un hecho susceptible de prueba. Pero coincidiremos también -pues es difícilmente discutible- que dicha afirmación de un hecho objetivo (en virtud del cual un personaje opta por el sabor de un determinado producto) no implica necesariamente la objetividad de la característica del producto a la que se refiere (el sabor del producto).

Una vez llegados aquí, debemos recordar que la publicidad de tono excluyente y la publicidad comparativa son dos modalidades publicitarias distintas sometidas a regímenes jurídicos diversos. Mientras para la licitud de la primera sólo se exige que se acredite la exactitud de la posición de preeminencia alegada en la publicidad (esto es, la prueba de la afirmación de

hecho que se recoge en la publicidad en relación con una eventual posición de liderazgo o preeminencia), en el caso de la publicidad comparativa se exige, además, un requisito más estricto: que sólo se comparen características verificables de los productos; esto es, características susceptibles de un juicio objetivo.

7.- Esta peculiaridad del régimen jurídico de la publicidad comparativa, por lo demás, entronca de forma directa con la evolución del debate que se ha mantenido en relación con esta polémica figura. Pues bien, la exposición de este debate -que se encuentra en el origen del régimen jurídico actual de la publicidad comparativa- permitirá respaldar también el criterio que se plasma en la presente resolución.

En este sentido, es común afirmar que, en la medida en que toda comparación publicitaria implica una referencia explícita o implícita a uno o varios competidores identificados o inequívocamente identificables, su régimen jurídico intenta reflejar un delicado punto de equilibrio entre el interés del competidor aludido, el interés de los consumidores y el interés general. De suerte que, tras una larga etapa en la que la defensa del primero justificó una prohibición absoluta de la publicidad comparativa, la irrupción de los segundos acabó provocando una profunda transformación de este régimen inicial. De esta forma, se admitió el sacrificio del interés del competidor aludido en la medida en que la comparación pudiese generar una información útil para facilitar la información del consumidor y la transparencia del mercado. Y, en consonancia con ello, se estableció un régimen jurídico tendente a asegurar la objetividad y la utilidad de la comparación. Precisamente por esta razón no se admite que pueda ser comparada cualquier característica de los correspondientes productos o servicios, y se exige que las características comparadas sean esenciales, pues sólo la comparación de características esenciales transmite información útil para el consumidor y la transparencia del mercado, aun cuando cabría imaginar con suma facilidad comparaciones perfectamente objetivas de características irrelevantes. Y precisamente por esa razón se exige también no sólo que la comparación se realice de modo objetivo, sino también que se refiera a características verificables, pues -una vez más- sólo la comparación de características susceptibles de un juicio objetivo proporciona información útil para el consumidor y la transparencia del mercado. Volviendo sobre el supuesto de hecho que nos ocupa, parece claro que, aun cuando la comparación se realice de un modo objetivo (a través de un test de preferencias de los consumidores), la comparación relativa al sabor de dos productos difícilmente puede resultar útil para los consumidores o para la transparencia del mercado, toda vez que las preferencias individuales de los consumidores pueden corresponderse o no con la tendencia que muestren los resultados del test. Todo lo contrario sucede cuando la comparación, realizada de modo objetivo, se refiere a una característica asimismo susceptible de un juicio objetivo. El juicio que sobre dicha característica se realice en la comparación será universal y válido para todos los consumidores, fomentándose así la información de estos y la transparencia de mercado.

8.- Frente a las conclusiones hasta aquí obtenidas, por otra parte, no pueden prosperar las alegaciones de la recurrente que pivotan en torno a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2016. Es cierto, en este sentido, que en la mencionada sentencia se afirma que se exige *“a efectos de garantizar la objetividad de la publicidad comparativa, que las características comparadas por la publicidad sean verificables, es decir, que puedan ser demostradas”*. Mas no es menos cierto que el tenor literal de la sentencia -que acabamos de reproducir- exige que puedan ser demostradas las características a las que se refiere la comparación (*“las características comparadas”*). Y en el caso que nos ocupa, pueden ser demostrados los datos que refleja el anuncio sobre las preferencias de los consumidores, pero no podría ser demostrada la característica (el mejor sabor) a la que dichos datos se refieren.

9.- Idénticas reflexiones cabría realizar en relación con las alegaciones de la recurrente en relación con la eventual existencia de tesis en la doctrina española que servirían de apoyo a su criterio. En efecto, basta con leer los extractos de los trabajos que cita la recurrente de los Prof. Massaguer y Lema Devesa para constatar dos circunstancias: a) ninguno de ellos se ocupa de forma específica del supuesto de hecho que nos ocupa, en el que una característica eminentemente subjetiva como el sabor pretende ser objetivizada a través de un test de preferencias de consumidores. Antes bien, los párrafos de los citados autores que extracta la recurrente reflejan sus análisis generales sobre el régimen jurídico de la publicidad comparativa; b) Al acometer estos análisis, por lo demás, ambos autores coinciden en establecer el requisito de verificabilidad como un requisito exigible a las características objeto de comparación. Así, el Profesor Massaguer afirma expresamente que *“los extremos comparados han de ser comprobables”*. Y, el Profesor Lema, por su parte, afirma lo siguiente: *“Por lo que concierne a los requisitos relativos a los parámetros de comparación, la Ley de Competencia Desleal exige que la comparación se efectúe de modo objetivo (...). De manera paralela, se requiere que la comparación verse sobre características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios (...). La característica debe ser verificable. De modo que debe ser susceptible de comprobación a través de pautas objetivas”*. Obsérvese, así pues, que el Profesor Lema diferencia con meridiana claridad entre la objetividad de la comparación y la objetividad de las características a las que aquélla se refiere, exigiéndose el cumplimiento de ambas para que la publicidad pueda ser considerada lícita.

10.- Por último, este Pleno también debe rechazar las alegaciones de la recurrente que pivotan sobre las distintas sentencias extranjeras que cita en su escrito de recurso. En efecto, dichas sentencias, o bien versan sobre supuestos de hecho distintos al que nos ocupa, o bien inciden en la identificación entre la objetividad de la comparación y la objetividad de las características a las que ésta se refiere, identificación que -como hemos expuesto- supondría reconducir a un único requisito lo que en el Código de Autocontrol y en la Ley de Competencia Desleal aparece claramente establecido como dos requisitos diferentes.

11.- Como avanzábamos, algunas de las sentencias extranjeras invocadas por la recurrente versan sobre un supuesto de hecho distinto. Así sucede con la sentencia del Tribunal de Apelaciones de París de 4 de mayo de 2006 y sentencia de 29 de enero de 2004 del tribunal de apelaciones de Bruselas. En ambas se juzgaba la licitud de una comparación entre piensos para perros. Pues bien, debe destacarse ante todo que el supuesto de hecho sobre el que versaban dichas sentencias es sustancialmente similar al previamente examinado en nuestro país por este mismo Jurado en su resolución de 15 de julio de 2002, posteriormente confirmada por el Pleno en su resolución de 30 de julio de 2002. Y al igual que en las sentencias extranjeras invocadas por la recurrente, el Jurado, en su resolución, confirmó la licitud de la comparación objeto de análisis. Pero lo hizo precisamente al entender que no se trataba de una comparación sobre el sabor de los piensos comparados, sino sobre una característica objetiva como su palatabilidad. Así se desprende del siguiente extracto de la resolución del Jurado que reproducimos: *“Como queda expuesto, la reclamante entiende que la comparación incluida en la publicidad reclamada no se apoya en características objetivamente demostrables, ya que se refiere al sabor de los alimentos para animales objeto de confrontación. Sin embargo, este Jurado – tras un detenido análisis de la publicidad, ha concluido que el sabor de los alimentos no es el único parámetro de la comparación. Ésta, bien miradas las cosas, se refiere a un concepto más complejo, cual es el de palatabilidad; en la publicidad, entre otras cosas, se compara el grado de aceptación de los productos comparados entre sus destinatarios. Y si bien el sabor de los alimentos podrá influir en las preferencias de éstos, el grado de aceptación depende también de otros factores como el olor, la apariencia externa, la textura, etc. El grado de aceptación resultante de la combinación de estos y otros factores, por lo demás y para el caso examinado,*

es susceptible de una medición objetiva, tal y como lo ha demostrado la parte reclamada. Por consiguiente, debe admitirse que la comparación analizada está referida, consideradas las circunstancias relativas a este caso, a características objetivamente demostrables de los productos”.

12.- Las restantes sentencias extranjeras invocadas por la recurrente, en fin, inciden - como ya adelantamos- en la identificación entre la objetividad de la comparación y la objetividad de las características a las que ésta se refiere. A título de ejemplo, podemos transcribir aquí - entre las distintas sentencias que invoca la recurrente- el resumen que en el escrito de recurso se hace de la sentencia de 12 de julio de 2004 dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Bruselas. Según resume la recurrente, se afirma en ella que “el hecho de que el sabor sea una característica subjetiva no impide su análisis objetivo. Aunque no sea posible medir si el sabor es bueno o malo, es posible medir objetivamente la preferencia de los consumidores por un producto respecto de otro. Las preferencias de sabor por un producto por parte de los consumidores pueden ser verificadas en el momento en que se tiene acceso al estudio realizado. Se trata, por tanto, de características verificables”.

Resulta evidente, como decíamos, que en la mencionada sentencia (al igual que en las restantes invocadas por la recurrente) se identifica la objetividad de la comparación con la objetividad de las características a las que ésta se refiere. Pero para descartar esta tesis, junto con los argumentos ya ampliamente desarrollados en los anteriores fundamentos deontológicos (a los que nos remitimos para evitar inútiles reiteraciones) basta con constatar que en dicha sentencia se sostiene que la posibilidad de medir objetivamente las preferencias de los consumidores permitiría afirmar que las características de los productos objeto de la comparación son verificables. Sin embargo, según el Código de Autocontrol y la Ley de Competencia Desleal, las que han de ser verificables son las “características de los productos o servicios”. Y es evidente que “las preferencias de los consumidores” no constituyen una “característica de un producto”. La “característica del producto” lo será, en todo caso, el extremo al que se refieren aquellas preferencias; en nuestro caso, el sabor. Por lo que no resulta admisible concluir que la posibilidad de medir objetivamente las preferencias de los consumidores sobre un extremo permite sin más afirmar la verificabilidad de la característica del producto (en nuestro caso, el mejor sabor) al que se refieren aquellas preferencias.

Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol

ACUERDA

Desestimar el recurso de alzada presentado por la empresa Bebidas Pepsico, S.L. contra la Resolución de la Sección Séptima del Jurado de 28 de noviembre de 2019.
