

La publicidad de los servicios y productos bancarios

José María LÓPEZ JIMÉNEZ

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

Diario La Ley, Nº 7502, Sección Tribuna, 4 Nov. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 13284/2010

En este artículo se describe el nuevo régimen a que queda sometida la oferta publicitaria de productos y servicios bancarios, y servicios de pago, que supera el régimen hasta ahora vigente de autorización previa, establecido veinte años atrás.

Normativa comentada

OM EHA/1717/2010 de 11 Jun. (regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión)

OM EHA/1718/2010 de 11 Jun. (regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios)

Circular Banco de España 6/2010 de 28 Sep. (publicidad de los servicios y productos bancarios)

I. INTRODUCCIÓN

La Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios ha sido publicada en el BOE de 29 de junio de 2010, al igual que la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión.

La Orden EHA/1718/2010 ha sido desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE de 11 de octubre de 2010). Nos referiremos a ella en adelante como a la Circular 6/2010.

El sistema financiero se cimenta sobre los mercados de banca, valores y seguros, correspondiendo la Orden EHA/1718/2010 a los productos ofertados en el mercado bancario por entidades de crédito, en tanto que la Orden EHA/1717/2010 se corresponde con los del mercado de valores o inversión. Para el sector de seguros no contamos con una norma especial análoga, salvo algunas menciones aisladas en la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

Dicha norma específica del mercado de crédito habrá de respetar, adicionalmente, lo previsto en la L 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la L 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (recientemente reformada por la L 29/2009, de 30 de diciembre), la L 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (que pronto será sustituida por una nueva Ley para adaptar la Directiva 2008/48/CE, cuya fecha límite de transposición se fijó en el día 12 de mayo de 2010 —art. 27.1—), así como en la normativa protectora de consumidores y usuarios. En el supuesto de comunicaciones comerciales por vía electrónica habrán de ser observados igualmente los arts. 19 a 22, ambos inclusive, L 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

El objeto de este artículo será, por tanto, el análisis de los nuevos requisitos específicos en materia publicitaria que habrán de observar las entidades de crédito y las entidades de pago en el mercado de crédito y de servicios de pago, respectivamente, esto es, los contenidos en la Orden EHA/1718/2010 y la Circular 6/2010.

II. OBJETO DE LA ORDEN EHA/1718/2010

De entrada, el título de la Orden EHA/1718/2010 resulta descriptivo pero impreciso, pues aunque los productos y servicios ofertados se adjetivan como bancarios, también intervienen en dicha actividad, además de bancos, en sentido estricto, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito (véase el art. 1 RDLeg. 1298/1986, sobre el concepto de entidad de crédito, que previsiblemente será modificado por la futura Ley de Dinero Electrónico, para eliminar del concepto a las entidades de dinero electrónico, en línea con la Directiva 2009/110/CE).

Realmente, lo que se pretende es restringir el ámbito de aplicación de la Orden, a la vista de la fuerza expansiva de las entidades de crédito y su presencia activa en los otros dos sectores financieros: el de los servicios de inversión, en el que también pueden intervenir como empresas de inversión (art. 65 Ley del Mercado de Valores); o el de seguros, en el que pueden intervenir en la mediación de los contratos de seguro como operadores de banca-seguros (art. 25 Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados).

En consecuencia, la Orden EHA/1718/2010 regulará la publicidad desplegada por las entidades de crédito, y entidades de pago, en el sector bancario o de crédito, pero no será aplicable cuando aquéllas intervengan en el de inversión o seguros.

La Circular 6/2010 lo expresa con mayor claridad en su norma primera, al determinar que su objeto será «la actividad publicitaria que realicen las entidades de crédito españolas y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, dirigida a clientes o potenciales clientes residentes en España, y que se refiera a operaciones, servicios o productos bancarios, incluidos los servicios de pago, así como la realizada por las entidades de pago respecto de estos últimos servicios [...]»; así como que «la actividad publicitaria que realicen las entidades de crédito de instrumentos financieros y servicios de inversión quedará sujeta a lo establecido en la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión».

III. ANTECEDENTES

Hasta el momento, la regulación de la publicidad desplegada por las entidades de crédito se contenía en el Capítulo III de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.

Esta Orden trae a su vez origen de la habilitación concedida al Ministro de Economía y Hacienda en el art. 48.2 L 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de dichas entidades, se establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre las entidades y su clientela, se efectúe la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y se regulen determinados aspectos de su publicidad.

La Orden de 12 de diciembre de 1989 ha sido desarrollada a su vez, en virtud de lo previsto en su disp. adic. 1.^a, por el Banco de España, a través de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (en adelante, la Circular 8/1990). Los aspectos publicitarios de la actividad de las entidades de crédito, que son los que nos interesan, se han regulado hasta ahora en la norma novena de la citada

Circular del Banco de España.

Tanto la Orden de 12 de diciembre de 1989 como la Circular 8/1990 mantienen su vigencia en la actualidad, aunque se han visto afectadas por numerosas modificaciones y derogaciones parciales, expresas y tácitas, como ocurre precisamente con la Orden EHA/1718/2010 que deroga el Capítulo III de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la misma, por lo que habríamos de entender igualmente derogada, implícitamente, la norma novena de la Circular 8/1990.

Sin embargo, la Circular 6/2010, con buen criterio en aras de la seguridad jurídica, expresamente deroga la norma novena de la Circular 8/1990, que será efectiva a la entrada en vigor de aquélla, que está previsto que sea a los dos meses de su publicación en el BOE (Circular 6/2010, norma final). Igualmente, junto a la derogación expresa anterior, la Circular 6/2010 contiene una fórmula de derogación genérica de cuantas normas y disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en ella.

Recientemente, además de por la misma Orden EHA/1718/2010, la Orden de 12 de diciembre de 1989 se ha visto también afectada por diversas derogaciones procedentes de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que desarrolla la L 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, en materia de transparencia.

La realidad es que se hace necesario actualizar en su conjunto el marco normativo de la Orden de 12 de diciembre de 1989, mediante la promulgación de una nueva Orden con su correspondiente Circular del Banco de España que la desarrolle, pues en los últimos veinte años la transformación del sistema bancario español, y la de sus productos y demandas de la clientela han sido enormes.

Habría por tanto que, además de actualizar dichas previsiones normativas, sistematizar las numerosas normas que paulatinamente han ido salpicando este sector de nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, Orden de 5 de mayo de 1994, Orden PRE/1019/2003, RD 303/2004, L 41/2007, L 2/2009, etc.), coordinándolo a un tiempo con las normas que sirven para la protección de los consumidores.

Volviendo al régimen regulatorio de la publicidad en el mercado de crédito, con sujeción a la Orden de 12 de diciembre de 1989 y su desarrollo por la Circular 8/1990, lo más característico ha venido siendo la necesidad de recabar previa autorización del Banco de España siempre que hubiera una referencia explícita o implícita al coste o rendimiento de los productos o servicios para el público (por ejemplo, el tipo de interés propio de una operación de activo o de pasivo, la TAE de un depósito, las comisiones por el uso de una tarjeta de crédito, etc.). La restante publicidad de las entidades de crédito quedaba excluida de dicho régimen (por ejemplo, aquella que solo aludía a la entidad y a su solidez, solvencia, perfil de la clientela o extensión territorial), lo cual no suponía que no quedaran sometidas a la Ley General de Publicidad y a la normativa protectora de consumidores y usuarios.

De la normativa protectora de consumidores y usuarios merece ser destacado el art. 61.2 RDLeg. 1/2007, que trae origen del anterior art. 8.1 de la derogada L 26/1984, según el cual «el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido, y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato».

En la exposición de motivos de la Orden EHA/1718/2010 se confirma que este sistema de autorización previa de la publicidad de las entidades de crédito tuvo inicialmente carácter excepcional, a pesar de lo cual se ha prolongado en el

tiempo por más de veinte años, siendo el único control previo subsistente de los previstos en el art. 5 Ley General de Publicidad.

Por tanto, la singularidad del régimen de autorización previa con respecto al modelo vigente en otros países de nuestro entorno, su carácter parcial, por afectar solo al mercado de crédito y no a los de valores y seguros, y el entorpecimiento que supone para la actividad de las entidades en un sector como el financiero, que exige gran agilidad, con la correlativa y eventual pérdida de competitividad en caso contrario, motiva que este régimen haya de modificarse.

Este criterio de supresión del régimen de autorización previa también lo encontramos recientemente, de forma análoga, en la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los arts. 71 y 76 RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo, según el cual el régimen de autorización previa de determinados contratos-tipo (gestión de carteras, custodia y administración de instrumentos financieros) queda superado, por lo que dichos contratos se podrán utilizar directamente siempre y cuando se les haya dado la suficiente publicidad y sin perjuicio de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores pueda instar su rectificación o cese en su uso (arts. 5 a 8, ambos inclusive, de la Orden/EHA/1665/2010), facultades referentes al cese o rectificación muy similares a las que se reconocen al Banco de España en materia de control de la publicidad bancaria, como veremos más adelante.

IV. ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LA ORDEN EHA/1718/2010 Y LA CIRCULAR 6/2010

El régimen de autorización previa vigente durante los últimos años se sustituye por otro de tipo preventivo, en el que se establecen criterios específicos que habrán de guiar la claridad y honestidad de la publicidad financiera, así como de la exigencia de unos procedimientos y controles internos que favorezcan tal requerimiento.

De otra parte, ante conductas inadecuadas, se faculta al Banco de España para exigir el cese o rectificación de la publicidad incumplidora de la nueva normativa, sin menoscabo de la existencia de otras acciones acordes a la Ley General de Publicidad o la normativa protectora de consumidores.

El hueco que deja la normativa derogada (el Capítulo III de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y la norma novena de la Circular 8/1990) es rellenado por las prescripciones específicas de la Orden EHA/1718/2010 y la Circular 6/2010, sin menoscabo de la regulación que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre la materia, que no podrá ofrecer un nivel de protección inferior al de la Orden EHA/1718/2010.

Realmente, éste es uno de los puntos débiles de la nueva regulación, pues las Comunidades Autónomas suelen someter la difusión de publicidad, en el ámbito de sus competencias, que afectan a las cajas de ahorros y cooperativas de crédito, a un régimen de autorización previa, por lo que la liberalización del régimen publicitario de las entidades de crédito puede ser en la práctica más aparente que efectivo, al menos para los tipos de entidad citados, además de que se podría colocar a los bancos, en sentido estricto, en una posición competitiva más ventajosa, por quedar sometidos únicamente al régimen de la Orden EHA/1718/2010, es decir, al régimen de control de tipo preventivo.

Ponemos el ejemplo del D 138/2002, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la L 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, en cuyo art. 69, párrafos 1 y 2, se preceptúa lo siguiente:

«1. La actividad publicitaria de las cajas de ahorros que no afecte a operaciones, servicios o productos financieros o que, afectando a éstos, no haga referencia explícita o implícita a su coste o rendimiento, será objeto de comunicación previa a la Dirección General de Tesorería y Política Financiera de la Consejería de Economía y Hacienda en los términos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía.»

2. La actividad publicitaria de las cajas de ahorros que se desarrolle en Andalucía, sobre operaciones, servicios o productos financieros en la que se haga referencia, explícita o implícita, a su coste o rendimiento, será objeto de autorización por el titular de la Dirección General de Tesorería y Política Financiera de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes».

Asimismo, el D 303/1980, de 29 de diciembre, de competencias que corresponden a la Generalidad de Cataluña respecto a las cajas de ahorros (art. 8. La Consejería de Economía y Finanzas habrá de dar la aprobación a los proyectos y presupuestos de publicidad que quieran llevar a cabo las cajas de ahorros con sede social en Cataluña); o el D 19/1985 de Madrid, de 21 de febrero, sobre régimen de dependencia orgánica y funcional de las cajas de ahorros de la Comunidad de Madrid (art. 8. La Consejería de Economía y Hacienda habrá de reconocer previamente a su difusión los proyectos de publicidad de las cajas de ahorros).

La Orden EHA/1718/2010 no solo se aplicará a las entidades de crédito españolas, sino también a las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, siempre que se dirija a clientes, actuales y potenciales, residentes en España, y que se refiera a productos y servicios bancarios o de pago.

Expresamente quedan sometidos a la Orden los servicios de pago prestados por las entidades de pago (disp. adic. única Orden EHA/1718/2010), las cuales se regulan en el Título II de la reciente y novedosa Ley de Servicios de Pago, desarrollada en este aspecto por el RD 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

Los productos y servicios objeto de publicidad no podrán ser de inversión, pues este tipo de publicidad, como se ha dicho, quedará sometido a la Orden EHA/1717/2010, que se aplicará a los instrumentos financieros y servicios de inversión.

El art. 1 Orden EHA/1718/2010 dispone que la misma tiene por objeto establecer las normas, principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los productos y servicios bancarios, habilitando al Banco de España para su desarrollo. Esta habilitación se ha concretado en la Circular 6/2010.

Según el art. 2.1 de la Orden se considera actividad publicitaria toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice: prensa, radio, televisión, correo electrónico, Internet u otros medios electrónicos, carteles interiores o exteriores, vallas, octavillas, circulares y cartas que formen parte de una campaña de difusión, llamadas telefónicas, visitas a domicilio o cualquier otro sistema de divulgación.

Asimismo, se considerarán actividades publicitarias aquellas comunicaciones destinadas a llamar la atención del público sobre servicios de gestión o de otro tipo, que presten las entidades con carácter adicional o en relación con otros productos o servicios bancarios, que no tengan la condición de servicios de inversión.

En cambio, de acuerdo con el art. 2.2, no se consideran actividades publicitarias y, por tanto, quedan excluidas de la Orden:

- a) Las campañas publicitarias corporativas, entendiéndose por tales las que contienen exclusivamente información genérica sobre una entidad o su objeto social que estén destinadas a darse a conocer al público.
- b) Aquellos contenidos informativos que figuren en las páginas propias de la entidad en Internet, o en

otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a cabo la contratación de una operación.

c) Las informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las páginas operativas de la entidad en Internet en las cuales se lleven a cabo.

V. NORMAS, PRINCIPIOS Y CRITERIOS GENERALES A QUE QUEDA SOMETIDA LA PUBLICIDAD DEL MERCADO DE CRÉDITO

La publicidad del sector que venimos comentando habrá de ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa. Será preciso que la publicidad explicita de forma patente tal carácter (art. 4.1 de la Orden).

En la Orden se bosqueja un régimen jurídico que habrá de ser completado por Circular del Banco de España, relativo a denominaciones de productos y servicios bancarios, contenido mínimo y formato del mensaje publicitario, así como sobre cualquier otro aspecto que pueda afectar al carácter equilibrado y objetivo de la publicidad. En particular, se especificará la forma y condiciones de difusión a efectos de que no se omitan datos relevantes ni se induzca a error a los destinatarios (art. 4.2).

En este punto, la Circular 6/2010 concreta que tanto entidades de crédito como entidades de pago «deberán ajustarse, además de a lo indicado en la norma primera —y de manera proporcionada a la naturaleza y complejidad del producto o servicio bancario ofrecido y a las características del medio de difusión utilizado—, a los principios que figuran como anejo de esta Circular» (norma segunda, párrafo primero).

El anejo de la Circular 6/2010, bajo la denominación «Principios generales», es, a nuestro modo de ver, un catálogo excesivamente extenso y casuístico, en el que se recoge la doctrina y directrices que ha venido elaborando y acumulando el Banco de España durante los veinte años en que ha estado vigente el criterio de autorización previa de la publicidad bancaria.

No parece, de los términos de la Circular 6/2010 y de su anejo, que estos principios generales constituyan una enumeración tasada y cerrada, sino que más bien indican, partiendo de casos concretos, lo que paradójicamente iría en contra de su pretendido carácter de principios generales, los criterios que las entidades habrán de tomar en consideración en ejecución de su actividad publicitaria. La propia evolución de los productos y servicios ofertados y la de las técnicas y canales publicitarios obligarán a desarrollar o adaptar este listado más pronto que tarde.

Entre estos principios, a modo de muestra, figuran el tamaño de la letra de la publicidad; la publicidad en movimiento, que habrá de ser susceptible de cómoda y fácil lectura; las remisiones a otras fuentes de información; los mensajes secundarios, que no podrán contradecir o limitar el mensaje principal; el uso de acrónimos o marcas que no permitan la indubitada identificación de la entidad oferente; la publicidad de una entidad por medio de otra; la contradicción entre la denominación de un producto o servicio y su naturaleza jurídica; la necesidad de constancia de la duración del plazo de la oferta; el uso de adjetivos superlativos, diminutivos o expresiones que indiquen liderazgo del anunciante, etc.

Para no demorarnos en esta detallada y variada casuística, reproducimos en nota al final del presente artículo la lista completa de principios generales (1).

La Orden EHA/1718/2010 precisa lo previsto en el art. 30 bis Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en lo que afecta a su actividad publicitaria de índole bancaria.

El apartado 1 bis del art. 30 bis Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito determina que las entidades de crédito y los grupos consolidables de entidades de crédito dispondrán, en condiciones proporcionadas al carácter,

escala y complejidad de sus actividades, de una estructura organizativa adecuada, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, así como de procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén o puedan estar expuestos, junto con mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables sólidos.

En este sentido, según el art. 4.3 de la Orden se impone la necesidad de que las entidades de crédito cuenten con procedimientos y controles internos para proteger los legítimos intereses de la clientela y gestionar los riesgos a los que estén o puedan estar expuestas derivados de su actividad publicitaria. Nótese que el art. 4.3 es el único artículo de la Orden EHA/1718/2010 que no se aplica a las entidades de pago, del que quedan eximidas por establecerse así en la disposición adicional única de la Orden.

Al efecto, las entidades de crédito habrán de disponer de una política de comunicación comercial que, entre otros objetivos, incluya los criterios y procedimientos adecuados para asegurar que la entidad cumple con las normas, principios y criterios generales que resulten de aplicación. En la elaboración de estos criterios las entidades bancarias deberán considerar, de manera proporcionada a la complejidad del producto o servicio ofrecido y a las características del medio de difusión utilizado, los principios generales fijados por el Banco de España al desarrollar la Orden, que son los del anejo de la Circular 6/2010, según hemos indicado anteriormente.

En la elaboración de la política de comunicación comercial, según la norma tercera, apartado 1, de la Circular 6/2010, «las entidades de crédito deberán integrar los principios generales que se mencionan en el anejo y, en general, la normativa que resulte aplicable a su actividad publicitaria. Asimismo, deberán prever los procedimientos necesarios para adaptar los productos ofrecidos y la forma de presentarlos a las características del colectivo al que se dirijan, promoviendo su cabal comprensión del producto y evitando mecanismos de atracción publicitaria que sean contradictorios con aquellas características».

La norma tercera, apartado 2, de la Circular 6/2010 establece una presunción: se presumirá que cuentan con procedimientos y controles internos adecuados para cumplir con lo exigido en el art. 4.3 Orden EHA/1718/2010, aquellas entidades de crédito que, para el conjunto de su actividad publicitaria, estén asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria en España que se ajusten a lo dispuesto en el art. 37.4 L 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuenten con medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y cuyos códigos de conducta acojan el cumplimiento de los principios generales recogidos en el anejo. Se trata, pues, de una remisión al terreno de la autorregulación, por lo que habrá que aguardar para comprobar si se trata de un medio apto y efectivo para la protección del cliente.

Los clientes actuales o potenciales podrán tener conocimiento de las entidades asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria que cumplan los requisitos anteriores a través del sitio en Internet del Banco de España (Circular 6/2010, último párrafo del apartado 2 de la norma tercera). También se informará del sistema a que esté asociado cada entidad, junto con sus códigos de conducta. No vemos inconveniente en que dicha información pueda ser suministrada, además, por cada entidad afectada.

Según la norma tercera, apartado 5, se considerará que las cajas de ahorros y cooperativas cuya publicidad quede sujeta a régimen de autorización previa por las respectivas Comunidades Autónomas cuentan, respecto a dicha publicidad, con procedimientos y controles internos suficientes. Aquí las cajas y cooperativas cuentan con cierta ventaja sobre los bancos, ya que estos últimos necesariamente habrán de quedar asociados a sistemas de autorregulación publicitaria, o bien contar con el documento a que nos referimos seguidamente.

Las entidades de crédito que no estén asociadas a ningún sistema de autorregulación publicitaria recogerán su política de comunicación comercial en un documento escrito, que también detallará los mecanismos y controles internos de que disponen. Este documento habrá de ser aprobado por el Consejo de Administración, Comité de Auditoría, u órganos equivalentes. El funcionamiento de los procedimientos y controles se revisará, al menos anualmente, por el Departamento de Auditoría Interna, o unidad funcionalmente comparable, de la entidad de crédito, que elevará informe al órgano de aprobación correspondiente para que éste valore la suficiencia de las políticas, mecanismos y controles publicitarios (Circular 6/2010, norma tercera, apartado 3).

Adicionalmente, dentro del respeto a la normativa general sobre publicidad, los principios que elabore el Banco de España, y los criterios internos de las entidades, el art. 4.5 Orden EHA/1718/2010 dispone lo siguiente:

a) La publicidad que realicen las entidades de crédito sobre depósitos y créditos en la que se aluda explícitamente a su coste o rentabilidad para el público deberá expresar su coste o rendimiento en términos de tasa anual equivalente (TAE).

Sin perjuicio de lo previsto al efecto en la L 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, para el cálculo de la TAE se utilizará la expresión matemática y las reglas que establezca el Banco de España.

Cuando se utilicen referencias a índices de tipos de interés, éstas deberán ser actualizadas.

b) Cuando la publicidad de una entidad de crédito englobe cualquier tipo de oferta de operaciones, productos o servicios a realizar por otra empresa, deberá contener la mención expresa de esta empresa.

c) Asimismo, cuando la entidad de crédito convenga con una empresa que no sea entidad de crédito, que ésta oferte por medio de cualquier forma de publicidad sus productos o servicios, deberá asegurarse de que esta publicidad indique con claridad la entidad de crédito cuyos servicios se ofrezcan, siendo también su responsabilidad el cumplimiento de los requisitos y obligaciones que se establecen en la Orden EHA/1718/2010.

Al hilo del art. 4.5 a), relativo a la TAE, y el mandato al Banco de España para fijar su expresión matemática y reglas de cálculo, la norma segunda, párrafo segundo, de la Circular 6/2010 establece que se aplicará lo dispuesto en la norma octava y anejo V de la Circular 8/1990. Buena parte de los principios generales del anejo de la Circular 6/2010 tratan, asimismo, sobre aspectos relacionados con la TAE.

Por cierto, la fórmula de cálculo de la TAE, según el anejo V de la Circular 8/1990 y las indicaciones que en el mismo se establecen, es la que sigue:

Mostrar/Ocultar

$$\sum_{n=1}^n D_n (1+i_k)^{-t_n} = \sum_{m=1}^m R_m (1+i_k)^{-t_m}$$

A la vista de esta fórmula aparentemente «incomprensible» cobra todo su sentido el art. 7 b) Ley de Condiciones Generales de la Contratación, según el cual no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, las incomprensibles, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. Y en el ámbito bancario, precisamente, la norma

específica y de transparencia que habilitaría la aplicación de la TAE, según el art. 7 b) citado, es la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, norma octava y anejo V, en particular.

Toda la documentación correspondiente a cada campaña publicitaria que quede sujeta a la Orden se conservará y anotará en un registro interno que se custodiará en las oficinas centrales de la entidad de crédito o de pago (art. 5.2 Orden EHA/1718/2010).

En la documentación correspondiente a cada campaña deberán figurar, al menos, un ejemplar —en el formato original o en formato electrónico que permita su reproducción— de cada uno de los soportes publicitarios utilizados, la fecha de inicio y de cierre de la campaña, datos suficientes para determinar el alcance de su difusión, así como justificación suficiente de la representatividad del ejemplo contenido en la oferta y de los datos utilizados para determinar los costes o rendimientos efectivos reflejados en la publicidad de los productos ofertados (norma cuarta, apartado 1, de la Circular 6/2010).

Igualmente, en el registro interno quedará constancia de los conflictos judiciales y extrajudiciales en los que se hayan visto incurso las entidades de crédito y de pago en relación con su actividad publicitaria (norma tercera, apartado 4, de la Circular 6/2010).

VI. CONTROL DE LA PUBLICIDAD Y RÉGIMEN SANCIONADOR

El Banco de España, con independencia de las acciones que pueda tomar en base a la Ley General de Publicidad y la responsabilidad disciplinaria en que se haya podido incurrir por vulnerar la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tendrá potestad administrativa para requerir la cesación o rectificación de la publicidad que no se ajuste a la normativa reguladora de los productos y servicios bancarios, según lo previsto en la Orden EHA/1718/2010 y su Circular de desarrollo (art. 5.1 de la Orden).

El Banco de España también queda facultado para requerir que la publicidad se difunda con cuantas advertencias estime necesarias con relación al producto o servicio bancario de que se trate.

Los citados requerimientos de cese o rectificación se sujetarán al siguiente procedimiento: el Banco de España se dirigirá a la entidad de crédito o de pago cuyos productos se reflejen en la correspondiente campaña, indicándole motivadamente los desajustes que aprecia con la normativa aplicable y, en su caso, la rectificación que considera apropiada. La entidad deberá, en los dos días hábiles siguientes a su recepción, bien comunicar el cumplimiento del requerimiento, o bien objetarlo, alegando las razones que a su derecho convengan. En caso de que entre dichas alegaciones se indique que el mensaje publicitario cuenta con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación publicitaria de los previstos en la Circular 6/2010, el Banco de España deberá oír, antes de dar eficacia al mencionado requerimiento, al órgano de control del correspondiente sistema de autorregulación por un plazo mínimo de tres días hábiles. Una vez cumplidos dichos trámites, el Banco de España confirmará o modificará su requerimiento en los tres días hábiles siguientes, requerimiento que deberá cumplirse de inmediato, sin perjuicio de la posibilidad del recurso administrativo que pueda haber contra el mismo. En caso de actuación administrativa realizada en el marco de un expediente sancionador, se entenderá que la entidad actuó de buena fe si se hubiese sujetado a dicho informe de consulta previa positivo (norma cuarta, apartado 2, de la Circular 6/2010).

El Banco de España podrá efectuar estos requerimientos en cualquier momento desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria y, en caso de rectificación, hasta seis meses después de finalizada la misma.

En la hipótesis de rectificación, ésta se efectuará por los mismos medios empleados para la difusión de la campaña y con idéntico alcance.

VII. VALORACIÓN

La nueva regulación, Orden y Circular del Banco de España, debe ser valorada positivamente, en cuanto supone la superación de un caduco régimen de autorización previa, con lo que ello puede suponer de limitación competitiva para las entidades.

Desde el punto de vista de la clientela, los criterios que habrán de seguir las entidades se explicitan en el anejo de la Circular 6/2010, aunque quizás hubiera sido preferible una simplificación y mejor sistematización de tan largo catálogo de criterios.

No obstante, no se trata con la suficiente profundidad el supuesto de la publicidad realizada a través de Internet, en la que el concepto de destinatario de la oferta publicitaria es siempre difuso, al igual que su alcance territorial.

Se omite la mención a las comunicaciones electrónicas con sus especialidades, o la distinción de los supuestos en que se requiere previo consentimiento del destinatario de la publicidad de aquellos otros en que no es preciso.

Tampoco queda bien resuelto el engarce con la normativa autonómica, pues cajas de ahorros y cooperativas de crédito pueden verse sujetas a un régimen más restrictivo en comparación con el de los bancos, como hemos demostrado.

Se debería haber aprovechado la ocasión para mejorar la coordinación de las normas de disciplina e intervención con la normativa protectora de consumidores y usuarios en materia de oferta publicitaria.

(1) Anejo de la Circular 6/2010.

Principios generales del mensaje publicitario en el mercado de crédito.

a) La letra, la forma y la presentación del mensaje publicitario deberán ser de tamaño y tipo que lo hagan legible y garanticen su cómoda y fácil lectura. En caso de textos en movimiento, ello se traduce en que éstos se desplacen a una velocidad y tengan un tamaño que garanticen su cómoda y fácil lectura.

La utilización de remisiones a otras fuentes de información (folletos, páginas de Internet, etc.) de la propia entidad no debe servir, en ningún caso, para que el mensaje publicitario pueda inducir a error al consumidor acerca de las características del producto o servicio ofrecido y generar en éste un comportamiento económico que presumiblemente no habría adoptado si esa información de referencia hubiese estado incluida en el soporte publicitario utilizado. En todo caso, las circunstancias anteriores deberán ser ponderadas en función del tipo de soporte publicitario de que se trate.

Cuando en un mensaje publicitario se incluyan otros mensajes de carácter secundario o de forma menos destacada, éstos no podrán contradecir el contenido del mensaje principal ni limitarlo de manera esencial.

b) Cuando se utilicen acrónimos o marcas comerciales para identificar a la entidad de crédito, de pago o la empresa que participe en la oferta, y ello no permita su identificación indubitable, se acompañarán de la denominación registral de la entidad o sociedad de que se trate.

Cuando una entidad de crédito realice una oferta de productos o servicios de otra entidad de crédito, deberá delimitarse con claridad cuál es la entidad que realiza la oferta y cuál la que actúa como comercializadora o como vía de transmisión a sus clientes de la oferta de la primera.

c) En aquellos casos en que la denominación comercial del producto o servicio ofertado pueda introducir dudas sobre la naturaleza jurídica de la operación, habrá de completarse dicha denominación para vincularla con claridad a su naturaleza.

d) Cuando una determinada oferta tenga un plazo de vigencia predeterminado, deberá hacerse constar éste. Cuando dicho plazo se condicione a cualquier otra variable (como, por ejemplo, a alcanzar un volumen determinado o a la existencia de un número limitado de productos), deberán indicarse el importe global de la oferta o el número de productos disponibles.

e) La inclusión en la publicidad de adjetivos superlativos o diminutivos o expresiones que indiquen preferencia o liderazgo del anunciante, del producto o del servicio, deberá poder acreditarse cuando se trate de publicidad comparativa, y ponderarse con cautela en los demás casos.

f) Deberá evitarse cualquier tipo de mención que induzca a creer que un depósito o inversión ofertados están garantizados, salvo

que lo estén, en virtud de un acuerdo contractual con un tercero distinto de los Fondos de Garantía de Depósitos o mediante otro régimen que aporte una garantía o seguro adicional al de pago por la propia entidad.

g) Las aclaraciones, explicaciones o advertencias sobre riesgos, limitaciones o costes de los productos o servicios bancarios incluidas en el mensaje publicitario deberán tener un tamaño, formato, posición y relevancia apropiados, considerando su complejidad y el medio utilizado.

h) En caso de realizarse comparaciones entre diferentes productos o servicios, éstos deberán ser homogéneos y las fuentes empleadas deberán estar acreditadas, sin omitir datos o hechos relevantes. Deberán hacerse explícitos los supuestos en que se base la comparación efectuada entre el producto o servicio publicitado y los productos o servicios que con él se comparen.

i) Cuando resulte procedente, el mensaje publicitario deberá incluir las siguientes menciones, u otras similares:

La advertencia de que, en su caso, el valor de la inversión está sujeto a fluctuaciones del mercado, sin que costes o rentabilidades pasadas condicionen o generen derechos en el futuro. Se deberá poner de manifiesto, en su caso, que dicha rentabilidad podría ser nula o, incluso, negativa.

Toda información cuantitativa, que incluya aspectos como la rentabilidad o coste, deberá indicar también el período de tiempo al que se refiere. En caso de expresarse dos o más magnitudes, deberán referirse al mismo período de tiempo. La rentabilidad máxima o el coste mínimo de una operación, al que en su caso esté dispuesta la entidad a materializar la operación, se indicarán clara y fácilmente; también deberán indicarse de forma explícita las variables, condiciones o requisitos a los que estén condicionados dicho coste o retribución.

En la publicidad de los productos nominados en moneda extranjera se hará especial mención al riesgo de tipo de cambio, salvo cuando el mensaje se dirija a colectivos de residentes extranjeros.

La información sobre rentabilidades pasadas no deberá facilitarse de forma parcial o sesgada, ni sobre períodos de tiempo inferiores a doce meses.

La rentabilidad plurianual se deberá expresar en términos de revalorización, sin perjuicio de que a esta información se añada la tasa anual equivalente (TAE), en los casos en que corresponda incluirla.

Cuando se incluya una referencia a la variación máxima que ha tenido un determinado índice o una cotización dentro de un determinado período de tiempo, deberá completarse con los datos correspondientes a la variación —positiva o negativa— de dicho índice o cotización, tomando como referencia sus valores en las fechas inicial y final del mismo período.

j) La magnitud de la que dependa cualquier tipo de evolución de la remuneración o coste de la operación o producto deberá identificarse de forma clara e inequívoca, y así:

Si el mensaje publicitario hace referencia a las ventajas de un determinado tratamiento fiscal deberá aclararse si el mismo es de carácter general o depende de la situación personal del inversor, así como que pueda estar sujeto a modificaciones.

En los créditos dinerarios puros u operaciones de financiación finalista, en las que existan cuotas de diferentes importes en distintos períodos, o bien si la cuota inicial, la operación, deberá darse suficiente relevancia a la existencia de cuotas de diverso importe. Cuando se exija una entrada o entrega inicial, también deberá indicarse ésta.

k) En los casos en que, de acuerdo con lo establecido en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, deba figurar la TAE de la operación:

La TAE de la operación se expresará, siempre que sea posible, mediante un ejemplo representativo.

Cuando la TAE pueda verse alterada por circunstancias, tales como el importe de la operación, la existencia de comisiones diferentes u otras causas, habrán de contemplarse tales circunstancias y, cuando sea relevante, el intervalo significativo en que pueda moverse.

En la publicidad de las operaciones a tipo de interés variable, deberán mencionarse, con la adecuada claridad, el índice de referencia utilizado y la periodicidad de la revisión, y resaltarse que la TAE de la operación se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían.

En la publicidad de las operaciones a tipo de interés variable en las que se pacte un tipo de interés fijo para cierto período inicial, cuando se mencione el tipo inicial, deberá darse relevancia publicitaria predominante a la TAE frente a dicho tipo de interés cuando, en productos de pasivo, la TAE sea inferior a aquél o, en caso de productos de activo, cuando la TAE sea superior al tipo inicial.

Cuando se trate de una operación a tipo de interés variable, en la que se establezcan límites y/o máximos al resultado de la revisión del mismo, dichos límites deberán mencionarse en la publicidad y, en su caso, tenerse en cuenta para el cálculo de la TAE, advirtiendo de que dicho cálculo se ha efectuado con aquellos límites.

l) Cuando, además de la información correspondiente a la TAE, se mencionen el tipo o tipos nominales anuales aplicables a la operación, esta mención se hará de modo que no genere confusión respecto a la diferente naturaleza y utilidad de una y otros.

m) Cuando exista remuneración en especie, ésta deberá ajustarse a los siguientes principios:

Si no hay retribución en efectivo deberá indicarse expresamente esta circunstancia.

La valoración del producto a efectos del cálculo de la TAE deberá ser la que resulte conforme con la legislación tributaria.

Tanto la retribución en efectivo —si la hubiese— como la retribución en especie deben tenerse en cuenta para el cálculo de la TAE.

Deberá indicarse expresamente que la retribución en especie está sujeta a tributación.

Se deberá evitar aludir al término «regalo» u otro término equivalente en la entrega de productos remuneratorios de imposiciones o depósitos que la normativa fiscal califique como retribución en especie.

En caso de que determinados importes —tales como el IVA o el ingreso a cuenta— deban ser satisfechos por el cliente, se hará mención explícita de estas circunstancias y se reflejará la cuantificación de tales importes, teniéndolos en cuenta para el cálculo de la TAE.

n) Al margen de su inclusión, cuando corresponda, en el cálculo de la TAE, al referirse al coste para el cliente de una operación deberán mencionarse las comisiones, impuestos y demás gastos que deba pagar, así como, en igual supuesto, las primas de los seguros exigidos por la entidad para la contratación de la operación, cuando tengan por objeto garantizar a la entidad el reembolso de la operación.

ñ) Deberán indicarse de forma explícita las variables, condiciones o requisitos a los que esté condicionado un determinado coste o retribución.

o) En los casos en que no exista el derecho a la cancelación anticipada deberá mencionarse esta circunstancia.

p) En las ofertas de financiaciones sin intereses en las que haya que pagar comisiones u otros gastos, de modo que la TAE no sea cero, además de mencionar estas comisiones y gastos, deberá darse especial relevancia a la TAE de la operación.

q) Cuando la publicidad muestre la participación de agentes de la entidad en su comercialización, deberá indicarse el carácter con que éstos actúan.
