

NATURALEZA Y DESTINO DEL DEPÓSITO DE FIANZAS ARRENDATICIAS POR LOS ÓRGANOS O ENTIDADES CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA

Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)¹

El presente comentario versa sobre la posibilidad de que los órganos o entidades de las distintas Administraciones públicas con competencias en la materia –en el caso de la Comunidad de Madrid, la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid (AVS, en adelante)- puedan destinar el importe de las fianzas arrendaticias en ellos depositadas para el cumplimiento de su función de promoción de vivienda pública, así como sobre la determinación de la naturaleza de dicho depósito.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU en lo sucesivo), después de disponer en su artículo 36 que *“será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda”*, señala en su disposición adicional tercera, primer apartado, que *“las comunidades autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente ley depositen el importe de la fianza regulada en el artículo 36.1 de esta ley, sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato”*.

Como señala la Exposición de Motivos del mismo cuerpo legal, *“se permite a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda que regulen su depósito obligatorio en favor de la propia Comunidad, ya que los rendimientos generados por estos fondos se han revelado como una importante fuente de financiación de las políticas autonómicas de vivienda, que se considera debe de mantenerse”*.

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

Sin perjuicio de que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la LAU no es una norma atributiva de competencias, sino reguladora de un ámbito material concreto, todas las comunidades autónomas han hecho uso de esta posibilidad, constituyendo en obligatorio el depósito de la fianza arrendaticia a favor de la Administración correspondiente, al haber asumido en sus respectivos estatutos de autonomía la competencia exclusiva en materia de vivienda.

Así, a modo de ejemplo, podemos citar la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros; el Decreto 42/2016, de 15 de marzo, del depósito de fianzas y del Registro de Contratos de Arrendamiento de Fincas Urbanas de la Comunidad Autónoma de Euskadi; la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del Derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León; o la Ley 10/1992, de 4 de noviembre, de fianzas de arrendamientos y otros contratos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el ámbito madrileño, dicha obligación viene contemplada en el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid. Su artículo 4 señala:

“1. El importe de las fianzas obligatorias a que se refiere el artículo 2 y el de las que se exijan conforme al artículo 3 deberá depositarse en la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, hasta la extinción de los respectivos contratos.

2. El depósito será gratuito, sin devengo de interés, y deberá efectuarse mediante ingreso en las cuentas restringidas de entidades de crédito que al efecto se determinen, en el plazo de treinta días a contar desde el día siguiente al de la fecha de celebración del contrato, sin perjuicio de lo que se establezca para el régimen especial de concierto.

3. La consignación del depósito no supondrá asunción de responsabilidad alguna por la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid respecto de las cuestiones que se susciten entre los arrendadores, suministradores y

arrendatarios o usuarios por los deterioros o responsabilidades de que respondan las fianzas.

4. El depósito obligatorio de las fianzas tendrá la consideración de ingreso de derecho público”.

Consecuencia de lo anterior, el Decreto 244/2015, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la organización, estructura y régimen de funcionamiento de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, prevé, en su artículo 12.h), dentro de los medios económicos de la Agencia *“el importe de las fianzas de arrendamientos que obligatoriamente deben depositar los propietarios a disposición del Organismo, de acuerdo con las normas reguladoras de la materia”*².

Si bien en un principio la AVS solo estaba legitimada para disponer del 70% del importe de dichas fianzas, la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, dio nueva redacción al transcrito artículo 12.h) al objeto de eliminar la citada limitación, indicando su Exposición de Motivos que *“se permite a dicho organismo emplear la totalidad de los recursos generados por las fianzas de arrendamientos para la ejecución de la política social de vivienda de la Comunidad de Madrid”*.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de febrero de 1998 ha tratado el tema de las fianzas en favor de entes públicos como fuente de financiación en los siguientes términos:

“... el deber de constituir la fianza y subsiguiente ingreso ante el organismo público en la forma de depósito sin interés, debe ser considerado, no aisladamente, sino en el contexto en que tiene lugar, definido por la necesaria

² Ya desde el Real Decreto-ley 12/1980, de 26 de septiembre, para impulsar las actuaciones del Estado en materia de viviendas y suelo, se contempló, como medios económicos de los que dispondría el Instituto Nacional de la Vivienda, entre otros, *“e) Un setenta por ciento del total de las fianzas de alquileres, que obligatoriamente deberán depositar los propietarios a disposición del Instituto en la forma dispuesta en la legislación especial en la materia”* (art. 5.2).

intervención estatal y por la función social inherente al derecho de propiedad. Se trata de un deber positivo que se impone al arrendador, al que se priva transitoriamente de la disponibilidad de una cantidad de dinero y de la consiguiente facultad de obtener rendimiento del mismo (los intereses que devengaría), que difícilmente puede merecer la calificación de tributo pues la cantidad depositada habrá de ser restituida por el organismo receptor al término del arrendamiento... Se legisla así con fines de financiación de la política de vivienda lo que, si bien en consideración aislada puede constituir una prestación patrimonial de carácter público, escapa no obstante a la calificación de tributo teniendo en cuenta que lo que se sustrae no es su propiedad sino su disponibilidad, y con carácter transitorio, por lo que no puede entenderse que contradiga los principios constitucionales que inspiran nuestro sistema tributario (art. 31.1 CE)...Integrado este deber de depósito en un régimen intervencionista que asume el Estado Social y que reconoce una función social al derecho de propiedad imponiendo al arrendador determinados sacrificios o renunciaciones, el depósito no puede sino configurarse como otra restricción impuesta por la Ley en la delimitación de la función social que está llamada a desempeñar la propiedad privada (art. 33.2 CE)... imponiéndole esta "prestación" como contenido obligacional propio de su posición jurídica de arrendador, que no supone una pérdida esencial o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado... y que el legislador, como lo corrobora el mandato contenido en los arts. 47 y 33.2 de la CE, puede establecer en el desarrollo de la política de vivienda”.

Incluso se llega a debatir la posible inconstitucionalidad de dicha medida en la sentencia de 11 de mayo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en los siguientes términos:

“SEGUNDO.- Los argumentos impugnatorios de la actora se refieren en primer lugar a la inconstitucionalidad de la obligación de depósito de fianza en los arrendamientos urbanos, toda vez que entiende que la misma es una medida tendente al sostenimiento de los gastos públicos, con carácter parafiscal, resultando que en atención a su consideración como "prestación patrimoniales de carácter público", debe respetar el principio de legalidad consagrado en el artículo 31.3 de nuestra Constitución.

En este sentido, y como quiera que la obligatoriedad de exigencia y prestación de fianza viene recogida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/1.993, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en su posterior desarrollo en los Decretos 396/1.986 y 266/1.984, entiende asimismo que se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el artículo 134.7 de la propia Constitución, que dispone que las Leyes de presupuestos no pueden crear tributos, sino sólo modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.

En primer lugar, debe tenerse presente que la obligación de constituir fianza no tiene la naturaleza jurídica de una exacción parafiscal, sino que se trata de una garantía con la cual se pretende asegurar el cumplimiento por parte del arrendatario de sus obligaciones frente al arrendador, y en atención a esta naturaleza, no puede hablarse de un ingreso público toda vez que la Administración, en este caso autonómica, no puede disponer, gastar, el dinero que ha recibido en concepto de depositario (en atención a su condición de tercero en la relación arrendaticia que garantiza de forma más adecuada la función aseguradora de la fianza), todo ello, con independencia de que el dinero ingresado en concepto de fianza, en cuanto bien fungible que es, entre en la "caja única" de la Administración y se destine a los fines que se consideren necesarios, pudiendo no obstante el arrendador o el arrendatario, en función del respectivo cumplimiento de sus obligaciones solicitar, en cualquier momento y una vez finalizado el contrato de arrendamiento, la devolución de la fianza depositada, del mismo modo que el arrendador que, en su caso, quedase como depositario, destinaría dicho dinero a los fines que estimase oportunos, persistiendo en todo caso la obligación de devolución al momento de la finalización del contrato y previa comprobación de que el arrendatario había cumplido con los deberes derivados del contrato de arrendamiento”.

De manera concreta, para la Comunidad de Madrid, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2001 afirma que “La Comunidad de Madrid tiene competencia para los actos e inspección del cumplimiento de la normativa estatal y autonómica sobre viviendas de acuerdo con lo establecido en los artículos 148.1.3ª de la Constitución, el Real Decreto 1.115/84, de 6 de junio, sobre traspaso de

funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid, y la Ley CAM 1/1993, sobre el IVIMA, cuyo artículo 6, h) señala entre los medios económicos con que cuenta para el desarrollo de sus funciones, "un 70 por 100 del total de las fianzas de arrendamientos que obligatoriamente deben depositar los propietarios a disposición del Organismo, de acuerdo con las normas reguladoras de la materia". El Tribunal Supremo en sentencias posteriores a la Constitución y con ocasión de la L.A.U. de 1964, ha rechazado la alegación de inconstitucionalidad del régimen de fianzas - SS. 27.1.1993 y 5.6.1998- (...). Por lo que se refiere a la renunciabilidad de la exigencia de la fianza debe tenerse en cuenta que ésta no es solo un derecho o un beneficio para el arrendador, sino que también constituye una obligación de carácter legal y desde esta consideración no resulta admisible la renuncia, pero incluso si se contempla como derecho resulta que el artículo 6.2 del C C no permite la renuncia de los derechos que contraríen los intereses públicos, lo que en este caso es manifiesto, pues, como recuerda la Ley 29/94, la exigencia de la fianza se justifica en que tradicionalmente el depósito a favor de la Administración Pública, ha constituido en nuestro ordenamiento jurídico una parte importante de los recursos afectados a la política social de la vivienda" (el subrayado es nuestro).

A la vista de lo anterior, resulta incontestable que el depósito obligatorio de fianzas en poder de la AVS se configura como una de sus fuentes de financiación para desarrollar la política de vivienda de la Comunidad de Madrid.

Sobre la naturaleza jurídica correspondiente a dicho depósito, la doctrina se ha mostrado unánime en poner de manifiesto lo desacertado de la redacción legal empleada, toda vez que la fianza no lo es en el sentido de un contrato de fianza regulado por los artículos 1822 y siguientes de Código Civil, consistente en obligarse un tercero para el caso de que el deudor principal no pague o no cumpla su obligación; por el contrario, lo que persigue la LAU es que el propio deudor, arrendatario, garantice el cumplimiento de sus obligaciones adelantando a la otra parte una cantidad de dinero³.

³ BELLO JANEIRO, Domingo. "La fianza, forma y protección registral en los arrendamientos urbanos", pág. 15. Ed. Difusión Jurídica.

Sentado lo anterior, mucho más dispar ha sido la determinación de la naturaleza jurídica del depósito obligatorio que venimos estudiando.

En todo caso, resulta indiscutible que la mal llamada fianza arrendaticia cumple, por un lado y como acabamos de ver, la función de constituir para el arrendador una garantía del cumplimiento de sus obligaciones por el arrendatario; junto a ello, a través de su depósito obligatorio, se persigue la finalidad de constituir una fuente de financiación adicional para el organismo público en cuyo poder se deposita. Ello da lugar a dos relaciones jurídicas independientes entre sí: una, entre arrendador y arrendatario, otra entre arrendador y ente público depositario.

La obligación de constituir fianza por el arrendatario a favor del arrendador ha sido calificada por la doctrina tradicional y por algunos tribunales como una especie de prenda irregular, pudiendo citar al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 diciembre de 2006, donde se lee:

"La fianza arrendaticia que impone, como obligación accesoria a cargo de la arrendataria, el art. 36 de la vigente LAU, tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones arrendaticias a cargo de la arrendataria, entre las que se hallan, precisamente, las indicadas de pago de la renta y de devolver el inmueble en el mismo estado en el que se recibió (a salvo los desperfectos producidos por el desgaste o uso normal). Y al constituir una cantidad de dinero (dos mensualidades de renta tratándose de locales de negocio, según dispone dicho precepto) que, con dicha finalidad, ha de ser entregada a la firma del contrato al arrendador (sin perjuicio de su depósito en el ente público que designe la Administración Autonómica hasta la extinción del contrato D.A. Tercera-), no parece desacertada, en principio, su calificación como prenda irregular, con el consiguiente derecho de retención, a la extinción del arriendo, para aplicar su importe al crédito líquido representado por las rentas impagadas o al ilíquido cuya consistencia es el resarcimiento de los daños causados al inmueble".

Algunos autores y el propio Tribunal Supremo (por todas, su sentencia de 8 de julio de 2002), han extendido esta calificación al posterior depósito obligatorio a favor de

la Administración, sobre la base de que el artículo 1866 CC permite constituir la prenda mediante la puesta a disposición de la cosa pignorada en poder de un tercero⁴.

La doctrina y jurisprudencia más reciente, sin embargo, ha optado por atribuirle el carácter de depósito necesario irregular.

Así, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 5 de octubre de 2011, *“la fianza arrendaticia (...) se ha venido definiendo por la doctrina tradicional como una prenda irregular y por la doctrina moderna como un supuesto de depósito necesario, realizado en cumplimiento de una obligación legal, según prevé el número 2º del artículo 1.781 del Código civil, que el arrendatario debe hacer al inicio del arrendamiento”*.

En esta misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de febrero de 2012 afirma:

“La fianza arrendaticia se configura por la doctrina moderna como un supuesto de depósito necesario (número 2º del artículo 1.781 del Código civil) que el arrendatario debe prestar al inicio del arrendamiento en cumplimiento de la obligación legal impuesta por el artículo 105 de la Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de Diciembre, normativa aplicable al caso dada la fecha de celebración del arriendo.

Se trata, además, de un depósito irregular, ya que no se entrega al arrendador depositario una cantidad de dinero individualizado por signos que lo distinguan para que lo custodie y restituya, sino una suma que se funde y confunde en el patrimonio de aquél. Por ello la actual Ley 29/1994 de 29 de noviembre de Arrendamientos Urbanos no obliga al arrendador a devolver el mismo dinero entregado, sino el saldo de la fianza en metálico que resulte al final del arriendo (artículo 36.4).

⁴ Ob. cit. *“La fianza, forma...”*.

Por tanto es imposible jurídicamente que el arrendador pueda hacer suyo el dinero recibido en concepto de fianza arrendaticia por usucapión como ha entendido desacertadamente la sentencia recurrida”.

Sea como fuere, lo cierto es que, aun considerando la constitución de la fianza y su posterior depósito como una figura incardinable en el contrato de depósito regulado por el Código Civil, no parece posible su reconducción hacia la normativa del préstamo, pues el préstamo es un contrato de naturaleza real traslativo del dominio (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2018); es decir, el prestatario adquiere la propiedad de lo prestado, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad al término del plazo pactado.

En el supuesto del depósito de fianzas provenientes de arrendamiento, sin embargo, la terminación del depósito queda a expensas del contrato de arrendamiento del que trae causa, no siendo la Administración propietaria en ningún momento del importe de la fianza, ni constituyéndose el plazo como condición esencial del mismo.

En este sentido se manifiesta la ya citada sentencia de 11 de mayo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, así como un sector doctrinal⁵. Así, Martín Queralt y Lozano Serrano afirman que *“sólo habrá ingreso público cuando el ente que recibe aquél tenga sobre el mismo plena disponibilidad”*, poniendo como ejemplos de supuestos que no pueden calificarse como ingresos públicos *“el caso de las fianzas, depósitos o cauciones constituidos en la Caja General de Depósitos. Al no haber títulos de dominio no puede hablarse de un ingreso público en sentido estricto”*.

De lo expuesto, podría sentarse como conclusión, que, al igual que sucedía con el término *“fianza”*, podría considerarse que, cuando la LAU habla de depósito, no se está refiriendo al contrato de depósito de los artículos 1758 y siguientes del Código Civil, por mucho que participe de ciertos rasgos de esta figura. Y ello porque, disponiendo el artículo 1768 CC que *“cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato”*, la jurisprudencia se muestra conforme en considerar que la Administración

⁵ MARTÍN QUERALT, J. y LOZANO SERRANO, C. *“Curso de Derecho Financiero y Tributario, 50 edición”*. Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 49.

no deviene, en ningún momento, propietaria de la fianza. En consecuencia, no parece posible la aplicabilidad al depósito obligatorio de la fianza en poder del ente público de las normas propias del simple préstamo o mutuo, por ser incompatible con su naturaleza.

De conformidad con lo anterior, cabría entender que el depósito obligatorio de la fianza arrendaticia en favor del organismo público respectivo es una figura *sui generis*, creada *ex lege* como fuente de financiación extraordinaria para ejecutar la política social de vivienda, derivada de la competencia autonómica exclusiva en materia de vivienda, como medio de dar cumplimiento al mandato del artículo 47 de la Constitución. Desde esta perspectiva, se regiría por sus propias normas: en el caso de la Comunidad de Madrid, por el ya citado Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid.

Noviembre de 2022.