

La fianza arrendaticia: consecuencias legales del incumplimiento

1. INTRODUCCION

La relación locativa ha planteado históricamente un rico debate doctrinal y jurisprudencial justificado, sin duda alguna, por intentar regular intereses tan contradictorios como los representados respectivamente por el arrendador y el arrendatario.

El derecho legítimo de acceder a una vivienda ha justificado además la intervención del Estado, manifestada no sólo cercenando la libertad de la autonomía de las partes mediante una legislación especial arrendaticia, sino igualmente en la creación de una normativa administrativa ajena a los intereses privados y regulada por la propia Administración.

La fianza arrendaticia nos aparece como ejemplo palmario de lo manifestado. Aunque la materia arrendaticia ha merecido una notable atención por parte de la doctrina, por el contrario, la fianza arrendaticia ha sido poco estudiada, máxime en su doble aspecto civil y administrativo.

La práctica diaria denuncia que es el momento de la extinción arrendaticia el más problemático para las partes, generando «costumbres» de muy dudosa legalidad algunas, como veremos aproximándose al ilícito penal.

En las líneas que siguen intentaremos dar una respuesta práctica a las principales cuestiones.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS. NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA

Históricamente, en la legislación liberal del Código Civil, la fianza cumplía la finalidad de garantizar los derechos del arrendador, apareciendo como una carga para el arrendatario, finalidad que se ha mantenido hasta la actualidad.

Al socaire del artículo 1.255 del Código Civil, el arrendador podía pactar cualquier mecanismo garantizador de sus derechos, siendo la fianza el principal. El sacrosanto *Pacta sunt servanda* propiciaba toda clase de abusos. Tal libertad, unido a la escasez de viviendas de comienzos de siglo, y al no intervencionismo del Estado liberal agudizaba el problema. El despertar del Estado Social durante la primera mitad del siglo xx determina la necesidad de limitar los abusos que la autonomía de la voluntad de las partes propiciaba. La legislación especial en materia de arrendamientos surge, precisamente, para evitar tales desmanes, pues los arrendadores no se conforman sólo con exigir rentas elevadas, so pena de desahucio, sino que además exigían fianzas desproporcionadas. La aparición de una legislación especial pondría fin a esta situación. Así, el Decreto de 21 de junio de 1920, en su artículo 7, introdujo una primera limitación de naturaleza cuantitativa: *«el importe de las fianzas que se exijan a los inquilinos, no podrá exceder de la suma que represente la cantidad que deba entregarse en cada uno de los plazos de pago estipulados, o sea, de un mes, si se hace el pago por mensualidades; de un trimestre, si se paga por trimestres, y así sucesivamente»*. La legislación arrendaticia posterior volverá a santificar el mismo principio, y así el artículo 3 del Decreto de 21 de enero de 1936, establecía: *«el arrendatario no estará obligado a prestar fianza superior al importe de un mes de alquiler»*.

Esta finalidad garantista se va a ver acompañada, cuando no perturbada, de una segunda finalidad totalmente ajena al interés privado de las partes. Esta finalidad va a ser la de convertir la fianza en un mecanismo de percepción de recursos públicos para la Administración. Concretamente, la Ley de 19 de abril de 1939, establecía la obligación de depositar en el Instituto Nacional de la Vivienda las fianzas arrendaticias, finalidad que persiste en la actualidad a favor de las diferentes Comunidades Autónomas. La justificación a este cambio persiste en la actualidad. Es pues un mecanismo distribuidor de la riqueza y expresión de la función social de la propiedad como afirma la sentencia de TSJ de Andalucía, sección 3.ª de 26-2-98, ponente: VALPUESTA BERMÚDEZ, *«...que 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, defendido por la necesaria 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) ...Se legisla así con fines de financiación de la política de vivienda ... 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 de 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 éste “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 artículos 47 y 33.2 de la CE, puede establecer en el desarrollo de la política de vivienda».

La consecuencia de la aparición de este «aditamento público» va a ser la mutación de la naturaleza de esta institución. La fianza ya no es sólo institución de Derecho privado, sino que simultáneamente lo va a ser de Derecho público. En este sentido y compartiendo a la mayoría de la doctrina, hemos de criticar la aparición de la Administración en el ámbito de las relaciones privadas. La Administración ha creado una tasa parafiscal cuyo único beneficiario es la Administración, ya que su supresión beneficiaría al arrendatario, parte teóricamente más débil en la relación contractual. Por lo que su mantenimiento es, hoy día, contrario a los intereses de las partes, favoreciendo a un tercero como es la Administración.

La legislación posterior no alterará sustancialmente esta situación. Así el artículo 105 de la LAU, aprobada por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (BOE de 29 de diciembre de 1964), establece la obligación de prestar fianza en términos muy similares a los actuales. Este precepto continúa en vigor por cuanto las Disposiciones Transitorias de la Ley 29/94 no le afectan. Por tanto, no ha sucedido igual con las normas procesales de la vieja LAU, que aunque no han sido derogadas expresamente, sí tácitamente. Si bien es un precepto de facto inaplicable en el sentido que no es posible en la actualidad constituir contratos de arrendamientos amparándose en la legislación de 1964. El legislador de la vieja ley distinguía como la actual entre arrendamiento de vivienda y el de local de negocio, asimilando a efectos de fianza el arrendamiento de vivienda amueblada. En relación al primero exigía una mensualidad de renta, siendo el doble en el caso de local de negocio. Igualmente establecía la obligación de prestar fianza para el subarriendo a diferencia de la actual Ley que no lo ha previsto.

Debemos finalizar aprovechando la oportunidad y denunciar un *olvido* más del legislador de 1994, y es el relativo a la actualización de la fianza. La Disposición Transitoria 2.^a y 3.^a no han previsto mecanismo actualizador alguno ni para la fianza del arrendamiento de vivienda, ni para el de local de negocio. Tal olvido no sólo perjudica al particular haciendo ilusorio el fin garantista y disuasor de la fianza, sino que además perjudica a la propia Administración. En este sentido se podría haber previsto un mecanismo actualizador que pudiera haber sido el mismo que para la renta. Hubiésemos realmente recuperado el poder adquisitivo arrebatado por la inflación y la desidia de la Administración, sin que ello hubiese supuesto una carga dema-

siado gravosa para un inquilino que gozaba de una posición dominante en un contrato donde se le supone que es la parte más débil.

En relación a los contratos constituidos con posterioridad a 1 de enero de 1995, nos referiremos en el apartado siguiente.

3. REGULACION JURIDICA

Atendiendo a la doble naturaleza de la fianza es necesario diferenciar entre el ámbito civil y la regulación administrativa.

a) REGULACIÓN CIVIL

En la Ley 29/1994 aparece regulada la fianza dentro de las denominadas disposiciones comunes, en el Título IV de la citada Ley. Realmente se dedica un único artículo, el 36, a la regulación de esta figura.

Paradójicamente no se nos da una definición, ni siquiera de los fines y naturaleza de la misma.

Para buscar el concepto debemos acudir al ordenamiento jurídico donde aparece bajo diferentes acepciones pero con un fin común denominador: garantizar el cumplimiento de una obligación.

Así, en el Derecho Civil la fianza aparece como contrato en el artículo 1.822 y siguientes, teniendo la característica de garantizar el cumplimiento de una obligación contraída por el deudor: *«por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir con un tercero en el caso de no hacerlo éste»*. En Derecho arrendaticio la primera consecuencia que se deriva es que la fianza constituye una obligación nacida del contrato de inquilinato cuyo obligado es el arrendatario.

Al Derecho Procesal no le es igualmente ajeno el concepto de fianza. La Ley Adjetiva Penal la regula en el artículo 589, recoge como un mecanismo garantizador de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito. Cuando a lo largo del proceso surjan indicios de responsabilidad penal anudados a una persona, ésta debe garantizar sus eventuales responsabilidades pecuniarias, debiendo prestar fianza metálica so pena de embargo. Pero es que la finalidad garantista no sólo aparece respecto a las obligaciones de naturaleza dineraria, sino que el término fianza también designa a mecanismos tendentes a garantizar todo tipo de obligación. En Derecho Procesal Penal, la fianza aparece igualmente como medida cautelar que trata de garantizar la presencia del acusado en el acto del juicio oral y como mecanismo sustitutivo de la medida cautelar de prisión, tal y como se desprende del artículo 503 de la LECr.

El carácter cautelar de la fianza arrendaticia queda plenamente justificado por la naturaleza del propio contrato arrendaticio. La relación locativa, no

olvidemos, es de tracto sucesivo, prolongándose en la generalidad de los casos durante un largo período de tiempo. Consecuentemente se han de establecer mecanismos cautelares y preventivos, habiendo sido la fianza el mecanismo principal cuando no el único.

El arrendador persigue con la fianza garantizar y mantener incólume sus derechos que, básicamente, se reducen a dos: el derecho a percibir la contraprestación, denominada renta, y el derecho a recibir la cosa en el mismo estado en que el arrendador la entregó, siendo pues obligaciones del arrendatario, como se desprende del artículo 1.555 del Código Civil, el pagar el precio del arrendamiento y el usar la cosa arrendada con la diligencia de un buen padre de familia.

Por tanto la fianza aparece como obligación que recae sobre el arrendatario, además de carácter dinerario que debe ser cumplida al inicio del contrato y cuyo fin es garantizar los derechos económicos del arrendador y de la Administración Pública.

El apartado primero del artículo 36 consagra el carácter obligatorio e imperativo de la fianza, derivado no sólo del tenor literal del precepto, sino también de la naturaleza imperativa del Título IV. El artículo 4 de la Ley, al regular el régimen aplicable, establece que los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán imperativamente al contenido de una serie de Títulos, y entre ellos aparece el Título IV. Para disipar alguna improbable duda sobre el carácter obligatorio de la fianza, basta leerse el Preámbulo de la Ley: *«La fianza arrendaticia mantiene su carácter obligatorio, tanto para vivienda como para uso distinto de vivienda...»*

La única excepción a la obligación de prestar fianza aparece en el párrafo sexto introducido por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que viene a exonerar de la obligación de prestar fianza a los entes públicos cuando la renta deba ser satisfecha con cargo a sus respectivos presupuestos.

La primera consecuencia que podemos destacar es que la normativa sobre fianza es aplicable en exclusiva a los contratos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, esto es, a la legislación especial de arrendamientos urbanos. Por tanto, los contratos de arrendamiento sometidos al Derecho común no se exige la fianza en virtud de imperativo legal, dado que las normas del Código Civil no la exigen. Sí se podrá exigir al amparo de la libre voluntad de las partes, por cuanto el Código no lo prohíbe. Esta consideración es válida desde el punto de vista civil, que no administrativo, por cuanto habrá que ver qué dice cada normativa administrativa de cada Comunidad Autónoma.

El legislador en la legislación especial no se ha limitado a exigir la fianza sino que además ha dispuesto el quantum de la misma; dos para uso distinto de vivienda y una si la finca se destina a vivienda.

La doctrina ha criticado con cierta razón, en relación al arrendamiento para uso distinto al de vivienda y a los arrendamientos suntuarios, la paradoja

que surge en materia de su regulación, pues parece excesivo la regulación imperativa de este aspecto cuando este tipo de arrendamientos queda a la libre voluntad de las partes, como se desprende del artículo 4 de la Ley 29/1994. Las partes lo pueden pactar todo menos lo referente a la fianza que al fin y al cabo nació como un mecanismo garantizador de los intereses del arrendador. La explicación a su exigencia queda justificada desde la perspectiva pública de la fianza, pues dejar la regulación de la fianza a la libre voluntad de las partes, privaría en la mayoría de los casos de un ingreso a la Administración.

En relación al arrendamiento de temporada, la paradoja resulta ciertamente más exagerada. A diferencia del arrendamiento de vivienda caracterizado por las notas de «necesidad» y «habitualidad» (SAP de Tarragona. Sección 1.^a de 19-2-99), el arrendamiento de temporada se caracteriza por la ocupación del bien de forma esporádica por el arrendatario, discontinúa en el tiempo. Por tanto, quedan excluidos de la legislación protectora de los arrendamientos de vivienda entrando en la categoría de arrendamientos para uso distinto de vivienda. Consecuentemente el tratamiento es idéntico al analizado en el párrafo anterior, mas con la grave paradoja de que al tratarse de un arrendamiento para un corto período de tiempo las garantías derivadas de la fianza superan el objeto garantizado. Así, el típico arrendamiento de verano implicará para el arrendatario no sólo pagar el mes o los quince días de renta, sino además entregar dos fianzas, lo cual puede implicar un «abuso de derecho legalizado».

Igualmente problemática resulta la exigencia de fianza en el arrendamiento de establecimiento mercantil. Por establecimiento mercantil estoy haciendo referencia a lo que la doctrina italiana denomina *azienda*, y la francesa *fons de commerce*, esto es, el conjunto de bienes puestos por el empresario para llevar a cabo su empresa, entendida ésta como actividad económica organizada. Este arrendamiento debe englobarse en el arrendamiento para uso distinto que el de vivienda. Por lo que me remito a lo manifestado anteriormente. No olvidemos que en este arrendamiento, el arrendador asume obligaciones accesorias, como la de no competir con el arrendatario. Y como contra parte el arrendatario deberá conservar el establecimiento en condiciones de producir. Llegada la conclusión del contrato, el arrendador deberá comprobar si lo que recibe sigue siendo un establecimiento o una mera unión de elementos inco nexos inaptos para producir. En este último supuesto, el arrendatario perderá la fianza.

La exigencia de fianza no supone en sí un agotamiento de los mecanismos de protección del arrendador, pues el párrafo quinto establece la libertad de pacto para fijar cualquier tipo de garantía en el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario. Esto supone que es legítimo, por que así lo permite la ley, el establecimiento de cualquier tipo de garantía, como pueda ser, por ejemplo, la fijación de un seguro figurando como tomador el arrendatario y

como asegurado el arrendador. Este tipo de garantías puede acompañar, que no sustituir, a la fijación de fianza exigida por la ley. Cuestión distinta es considerar si es posible fijar fianzas arrendaticias por importe superior al señalado en el artículo 36.1. En definitiva, si podemos pactar, por ejemplo, cuatro mensualidades en concepto de renta para una vivienda. La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa, y ello por las siguientes razones:

1.º El apartado quinto del artículo 36 lo que permite es el establecimiento de garantías «*adicional a la fianza en metálico*». Por consiguiente, la garantía no puede ser una fianza más, porque si no el precepto lo hubiera señalado.

2.º Si el legislador permitiera libertad en la fijación del quantum de la fianza, no se hubiera molestado en señalar en el artículo 36, apartado primero, el número de mensualidades a que debe hacer frente el arrendatario, distinguiendo a su vez entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso distinto al de vivienda.

3.º Por otra parte, la legislación administrativa viene a exigir sólo que se deposite una mensualidad en caso de arrendamiento de vivienda y dos para uso distinto, estableciendo por tanto una limitación cuantitativa a la obligación de prestación de fianza (*ad exemplum*, art. 3.1 del Decreto 333/1995, de la Generalitat Valenciana o art. 2 del Decreto 181/1996, de la Comunidad de Madrid).

El párrafo 2.º y 3.º del artículo 36 regula el régimen de la fianza una vez constituida. El legislador distingue entre si ha sobrepasado los cinco primeros años o no. De tal modo que ha optado por la congelación de la misma durante el primer lustro y por la posibilidad de actualización una vez pasado este período. La regla, en mi entender, carece de toda lógica, dado que la renta del arrendamiento anualmente sí puede actualizarse, al igual que los gastos que soporta la finca arrendada. La justificación seguramente descansa en la dificultad para la Administración de exigir el depósito de tales actualizaciones.

Esta falta de actualización resulta perjudicial tanto para el arrendador como para la Administración, pues ambos se ven perjudicados económicamente. Incluso teóricamente podría perjudicar al arrendatario si resultase que durante ese período hubiese deflación de los precios.

Transcurridos los cinco primeros años se actualizará conforme a lo pactado, y en su defecto tendrá el mismo régimen de actualización que la renta.

b) REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

Esta la compone un sinfín de normas autonómicas, pues las Comunidades Autónomas han regulado sobre la materia al tener transferidas las competencias del otrora Instituto Nacional de la Vivienda y de las Cámaras de la

Propiedad Urbana, estas últimas subsistentes en algunas Comunidades Autónomas como Cataluña.

Ya la Disposición Derogatoria única establecía la derogación del Decreto de 11 de marzo de 1949, supeditado a que cada Comunidad Autónoma regule específicamente en la materia, consiguiendo de este modo evitar un vacío normativo. Lo cual, a su vez, hay que ponerlo en relación con la Disposición Adicional 3.^a que habilita a cada Comunidad Autónoma a legislar sobre la materia, si bien había Comunidades Autónomas, como la vasca, que habían legislado con anterioridad a esta fecha.

Analizar detenidamente toda la legislación excedería de los límites de este artículo, por lo que simplemente pasamos a citar siguiendo un orden cronológico:

País Vasco: Decreto 174/1983, de 1 de agosto, de regulación de la constitución de la fianza y emisión de papel de fianzas.

Castilla-La Mancha: Decreto 98/1984, de 4 de agosto, por el que se regula la constitución de fianza por arrendamientos y suministros en el ámbito de la Comunidad castellano-manchega.

Canarias: Decreto 45/1985, de 22 de febrero, sobre regulación de la emisión de papel fianza en materia de arrendamientos y suministros.

Murcia: Decreto 11/1985, de 22 de febrero, sobre constitución de fianzas por alquileres y suministros. Modificado parcialmente por Decreto 67/1994, de 1 de julio.

Extremadura: Decreto 67/1985, de 26 de noviembre, sobre regulación de constitución de las fianzas de arrendamientos y suministros.

Galicia: Decreto 267/1985, de 12 de diciembre, sobre emisión de efectos de papel de fianzas.

Navarra: Decreto Foral 102/1986, de 11 de abril, regulador de la emisión de papel de fianzas.

Castilla y León: Decreto 72/1986, de 5 de junio, por el que se regula la emisión de papel de fianzas de arrendamientos y suministros. Completado por Orden de 6 de febrero de 1987 y Orden de 31 de mayo de 1988.

La Rioja: Decreto 36/1986, de 12 de septiembre, que regula la constitución de fianzas de arrendamientos urbanos y suministros. Completado por Decreto 61/1989, de 22 de diciembre.

Baleares: Decreto 22/1989, de 22 de febrero, sobre creación y regulación del papel de fianzas. Completado por Decreto 109/1990, de 13 de diciembre de 1990.

Aragón: Ley 10/1992, de 4 de noviembre, de fianzas de arrendamientos y otros contratos.

Asturias: Decreto 67/1992, de 16 de septiembre, sobre gestión y recaudación del papel de fianzas por arrendamientos y suministros.

Cantabria: Ley 5/1993, de 6 de mayo, de la Asamblea Regional de Cantabria, que aprueba los Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1993.

Valencia: Decreto 333/1995, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen de fianzas por arrendamiento de fincas urbanas y prestaciones de servicios o suministros complementarios en la Comunidad Valenciana.

Madrid: 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. Completado por Ley 12/1997, de 4 de junio, reguladora de las actuaciones inspectoras y de la potestad sancionadora en materia de Depósito de Fianzas de Arrendamiento de la Comunidad de Madrid.

Cataluña: Ley 13/1996, de 29 de julio, que regula el registro y depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas.

Andalucía: 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.

Como notas comunes a toda la legislación relacionada, podemos señalar:

- a) Todas las Comunidades Autónomas, salvo Ceuta y Melilla, han legislado sobre la materia, ya como la mayoría de forma específica, ya formando parte de legislaciones de carácter presupuestario o fiscal.
- b) Todas parten de la premisa de la obligatoriedad de la fianza.
- c) La generalidad sanciona, vía multa pecuniaria, el no depósito de la misma.

4. FIANZA Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Bajo este epígrafe nos vamos a plantear si cabe, conforme a la regla general, autonomía de pacto, y por tanto si es posible responder afirmativamente a dos interrogantes: ¿cabe pacto de renuncia a la fianza? Y ¿es posible la compensación?

Respecto al primer interrogante debemos incluir los dos supuestos: renuncia *a priori* por el arrendador y renuncia una vez constituida. Respecto al primer supuesto, la doctrina se divide sobre la cuestión, y así un sector doctrinal considera que no hay inconveniente alguno en admitir la posibilidad de renunciar a la exigencia de tal fianza por cuanto interpreta que en base al artículo 1.255 del Código Civil en relación al artículo 6.2 permiten tal posibilidad, concretamente, GÓMEZ DE LA ESCALERA (1) entiende que no hay con-

(1) GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS, *Las fianzas arrendaticias y su depósito obligatorio en las Comunidades Autónomas*, Editorial Sepín, Madrid, 1998, pág. 22.

travención del orden público ni perjudica a tercero, pues el interés de la Administración se satisface por el hecho de que el arrendador preste el depósito obligatorio, pues a la Administración le es indiferente el origen del dinero que se deposite.

De la misma opinión es GONZÁLEZ ARRIBAS (2); si bien realiza una matización al distinguir atendiendo a la doble naturaleza de la fianza: «No obstante, el arrendador puede renunciar a la exigencia de la fianza, pero sólo en el ámbito civil y bajo su responsabilidad. Efectivamente, la fianza en la nueva LAU se establece a favor exclusivo del arrendador, por lo tanto es un derecho, un interés particular, integrado en su patrimonio privado, cuya renuncia ni contraría el interés o el orden público ni perjudica a terceros (art. 6.2 del Código Civil). Otra cosa sería el pacto de no exigir la fianza o de no depositar la consignación obligatoria en la dependencia autonómica competente, que de producirse sería nula de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil».

LOSCERTALES (3) mantiene similar tesis al considerar que solamente serían nulas las cláusulas que perjudiquen al arrendatario y ello por mor del artículo 6 LAU. No obstante, tal pacto no debe afectar a la Administración, pues el arrendador no quedará eximido de ingresar la fianza a su costa, lo que en mi opinión hace absurda la existencia del pacto.

Obviamente defender la autonomía de la voluntad de las partes en materia de fianza acarrea también admitir la fianza bajo condición suspensiva. Lo cual no es extensible a la normativa administrativa donde se exige sin posibilidad de condición alguna. Consecuentemente las partes podrán pactar cualquier sistema de pagar la fianza ahora, dentro de cuatro meses, a plazos o sólo cuando la condición suspensiva no se produzca, etc.

Discrepo de esta tesis no sólo por el argumento apuntado sino además por las siguientes razones que impiden la renuncia como expresión de disponibilidad por las partes:

- El artículo 36 es sumamente claro en su dicción y por tanto, en su interpretación: «a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza». Más clara la norma, imposible. El legislador no ha utilizado expresiones como «podrá» o «en su caso», sino que presume que todo contrato de arrendamiento debe ir acompañado de su correspondiente fianza. Al igual que no se puede concebir un contrato de arrendamiento sin renta, pues estaríamos ante un caso de precario, el legislador civil no confi-

(2) GONZÁLEZ ARRIBAS, MIGUEL ANGEL, «La fianza en los arrendamientos de fianzas urbanas», Editorial la Ley, *Actualidad Inmobiliaria*, núm. 1, enero de 1999, Madrid, pág. 19.

(3) LOSCERTALES FUERTES, DANIEL, *Arrendamientos urbanos*, Editorial Sepín, Madrid, 1995, pág. 361.

gura un contrato sin fianza que la da por sobreentendida. Por ello, no nos debemos de extrañar de que entre las causas de extinción del contrato arrendaticio, y por tanto de incumplimiento de obligación, aparezca en el artículo 21.2.b): «*la falta de pago del importe de la fianza o de su actualización*». Si la fianza no fuera obligatoria no aparecería como tal causa de extinción. Como señala FERNÁNDEZ HIERRO (4), la falta de prestación de fianza constituye, efectivamente, causa de resolución, pero con la particularidad de ser la única causa de incumplimiento inicial, pues las demás son sobrevenidas.

- Imperatividad del artículo 36. El artículo 4, que regula el régimen aplicable, es sumamente claro al establecer el carácter imperativo, entre otros, del Título IV, esto es, el referido entre otras cuestiones, a la fianza. Nuevamente, la lectura literal del artículo 4.1 es sumamente esclarecedora cuando afirma que «*se someterán de forma imperativa*».

- Aun cuando interpretásemos que la normativa no es imperativa, el pacto de renuncia no debería ser admisible por cuanto perjudica a un tercero. Perjudica a la Administración Pública que se ve privada de un ingreso.

- La naturaleza bifronte de la fianza, con su dimensión pública y privada, no debe llevarnos a error. La exigencia de prestar fianza nace de la legislación civil y no sólo de la legislación administrativa. El artículo 36 está en la Ley de Arrendamientos y no en la legislación administrativa. Es más, la legislación administrativa parte del hecho de que la ley civil exige la prestación de fianza, así se observa, por ejemplo, en el artículo 2 del Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, que afirma: «*de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, a la celebración de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas, será obligatoria la exigencia y prestación de fianza...*» Igualmente, el artículo 2 del Decreto 333/1995, de 3 de noviembre, de la Comunidad Valenciana, que establece que el régimen de las fianzas se regulará, en primer lugar, por la Ley 29/1994.

Ciertamente, la naturaleza pública de la fianza puede inducirnos a error en cuanto a que entendamos que su regulación es similar a la relativa a los arrendamientos de Viviendas de Protección Oficial. Podríamos entender que la obligación de prestar fianza es sólo de naturaleza pública, de tal modo que su incumplimiento sólo acarrearía una sanción, siendo similar al caso de sobreprecio de renta en Viviendas de Protección Oficial. Sin embargo, como hemos visto, la obligatoriedad de la fianza no nace del Derecho Público sino del Derecho Privado.

(4) FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, *La resolución arrendaticia urbana con arreglo a la Ley 29/94*, Editorial Comares, Granada, 1995, pág. 131.

Jurisprudencialmente debemos acudir tanto a la jurisprudencia administrativa como civil, y ello en coherencia con la peculiar naturaleza de esta figura.

Desde la perspectiva administrativa resulta destacable la STS de 27-1-1993 (93/580 EDE). Ponente: ESCUSOL BARRA, ELADIO, la cual manifiesta el carácter no disponible de la fianza, siendo una obligación que nace en el ámbito del Derecho Privado, aunque su materialización se rija por las normas del Derecho Público: «*Que la obligación exigida por el artículo 105 LAU, ha de cumplirse ante el Instituto de la Vivienda de Madrid, en virtud de lo establecido en los artículos 25.3 y 26.3 del Estatuto de Autonomía de Madrid... La exigibilidad de la fianza, a que se refieren los actos administrativos impugnados, descansa en el artículo 105 LAU, sin que pueda aceptarse que han desaparecido los fines y objetivos de las fianzas, que responden como garantía del cuidado y conservación de la cosa arrendada, así como del pago del precio del arrendamiento (art. 2 D, 11-3-49, expresamente en vigor por la fuerza de la Disposición Final 2.ª LAU)*».

Esta línea se mantiene en la sentencia del TSJ de Madrid, sección 2.ª, de 5 de marzo de 1998. El Tribunal recuerda al recurrente que la Administración tiene acción y legitimación para seguir exigiendo el depósito de la fianza y ello por su peculiar naturaleza.

Igual suerte debe llevar el supuesto de renuncia, una vez constituida y vigente el contrato de arrendamiento. En este caso es evidente que si el arrendador la ha depositado, éste no puede disponer ni de lo que no es suyo, y menos aun de aquello que ni siquiera está en su poder.

Distinto es el supuesto de disponer de ella una vez extinguido el contrato de arrendamiento. En este caso la Administración no se ve afectada en sus intereses y además al estar extinguido el contrato las partes no se someten a la LAU sino al Código Civil.

Respecto al segundo interrogante es si cabe compensación de la fianza con las cantidades adeudadas por el inquilino a la finalización de su contrato de arrendamiento. Como señala OSSORIO MORALES (5), *constituye la compensación el saldo o liquidación recíproca de dos créditos contrarios de análoga naturaleza*. Antes de pronunciarse sobre esta cuestión es necesario señalar que cuando se habla de compensación, la doctrina suele distinguir tres clases: la compensación legal, la compensación judicial y la compensación voluntaria, si bien, propiamente hablando, es la compensación legal la que aparece recogida como tal en el Código Civil. Con relación a ésta, entendemos que no cabe compensación legal, y ello por los siguientes argumentos:

- La iliquidez de la fianza. Subsistiendo el contrato de arrendamiento, el inquilino es titular de una expectativa de derecho consistente en la devolución

(5) OSSORIO MORALES, JUAN, *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial Comares, Granada, 1986, pág. 150.

de la totalidad o de parte del dinero entregado en concepto de fianza. Evidentemente, durante el contrato de arrendamiento no cabe compensación alguna, y prueba de ello es que si el arrendatario deja de abonar la renta, el arrendador no podría compensar con la fianza, sino que tendría que acudir al correspondiente juicio arrendaticio, ya sea de desahucio, ya sea de reclamación de rentas. Además, como hemos visto, la fianza queda en poder de la Administración Autonómica, quedando sustraída a la disponibilidad del arrendador. Igualmente está indisponible para el arrendatario, que ante juicio de desahucio no le valdría ni como excepción ni como consignación enervatoria el hecho de alegar que su arrendador puede cobrarse de la renta debida a costa de dicha fianza. Al carácter ilíquido de la fianza también se llega a través de una interpretación gramatical del artículo 36.4 de la LAU de 1994, donde se utiliza la expresión «saldo», lo cual denota que la cantidad resultante va a ser fruto de un sinfín de operaciones previas cuyo resultado determinará si procede devolver la totalidad de la fianza, parte de ella o nada. Resulta pues evidente que el arrendador, antes de proceder a la devolución de la fianza, tendrá que examinar la finca, los contadores de suministro, gastos de comunidad, etcétera, y liquidar.

- La falta de exigibilidad. El arrendatario sólo puede exigir la fianza extinguido el contrato de arrendamiento y devuelta la posesión de la finca. La ley fija pues un plazo de un mes a contar desde la entrega de las llaves, o lo que es lo mismo, cuando el arrendador recupera la posesión inmediata de la finca. Es exclusivamente a partir de este momento cuando procede liquidar la fianza.

- La prohibición de pactos sobre la fianza. A fin de evitar repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo ya señalado sobre el carácter de *ius cogens* de la normativa arrendaticia, y por consiguiente, la sustracción a la libre voluntad de las partes, no siendo aplicable el artículo 1.255 del Código Civil.

Por compensación voluntaria o contractual entendemos el acuerdo o contrato en virtud del cual acuerdan liberarse recíprocamente de las obligaciones que existían entre ellos, dándolas ambas por extinguidas. Por tanto, su objeto es una remisión o condonación recíproca. Frente a la compensación legal, la compensación voluntaria permite sortear los escollos de la compensación legal. Así no es necesario cumplir con los requisitos del artículo 1.196. Por tanto, no es necesario que la deuda esté vencida, sea líquida, etc. Por el contrario subsiste el problema del carácter normativo imperativo de la fianza y la necesidad de no perjudicar a terceros como es la Administración.

Llegada esta situación nos debemos plantear si podemos salvar estos obstáculos, pues lo apuntado hasta ahora cierra la posibilidad de compensación voluntaria.

La solución se plantea en la necesidad de garantizar los intereses económicos de la Administración con lo que parece necesario la intervención de un

tercero como puede ser el Notario. Este peculiar funcionario público, al protocolizar las manifestaciones de las partes, puede hacer las advertencias legales oportunas, protegiendo los intereses de terceros como la Administración.

No debemos perder de vista que la compensación voluntaria es en realidad un contrato que puede tener importantes efectos para terceros. En este sentido, no debemos perder de vista la perspectiva tributaria de la fianza. Cuando se devuelve la fianza al arrendatario no se produce hecho imponible alguno, por cuanto el arrendatario recibe lo que es suyo, él solamente lo depositó en poder de un tercero. Si el arrendador compensa por gastos dejados pendientes por el arrendatario, ello no exonera al arrendador de justificar ante la hacienda pública la existencia de esos gastos. Ya que de lo contrario obligaría a presumir que el arrendador ha tenido un incremento patrimonial que en caso de las personas jurídicas implicará un incremento de los rendimientos derivados del capital mobiliario. Consecuentemente no debemos perder de vista que todo acuerdo que se haga debe no perjudicar a terceros, o lo que es lo mismo, tal acuerdo al no vincular a la Administración no enerva a ésta a exigir la tributación que corresponda a esa manifestación de riqueza.

Por estas consideraciones me muestro reacio a la admisión de la compensación contractual, salvo que se realice en presencia de funcionario público. Por ello, como vemos a continuación, admitiremos la compensación judicial.

Frente a la situación de la compensación legal y contractual en la que no cabe, como regla general, compensación alguna, nos encontramos con la llamada compensación judicial. Por compensación judicial debemos entender aquella que se realiza dentro de un proceso. Si las malas relaciones entre las partes desembocan en el Juzgado, reclamándose recíprocamente pagos de cantidades, no debe existir obstáculo legal para una compensación. A lo largo del proceso quedan acreditados recíprocamente tales derechos de crédito. No olvidemos que el fundamento de la compensación es el de evitar una inútil duplicidad de pagos, lo que procesalmente se traduce en la evitación de una inútil duplicidad de procesos. El principal escollo, que es la falta de liquidez, puede superarse a lo largo del proceso, y ello porque en la compensación judicial no son exigibles todos los requisitos que la normativa civil exige para la compensación legal, y entre ellos, que las deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de interponerse la demanda, pudiendo estos requisitos concretarse a lo largo del proceso, incluso que la cantidad compensable queda fijada en ejecución de sentencia (sentencia de 24 de octubre de 1985, 16 de noviembre de 1993 y 9 de abril de 1994). Si en el proceso, ya sea a través de una reconvencción, ya sea a través de la propia contestación a la demanda, en el caso de que el arrendatario sea el demandado, se acredita esa liquidación, no debe existir impedimento a que el Juez, a instancia de parte, declare esa compensación (SAP de Málaga, Sección 6.^a de

9 de febrero de 1998). Razones de economía procesal obligan a evitar el absurdo que sería acudir a otro procedimiento, a fin de que se declarasen compensables tales cantidades, por cuanto el fin de la compensación judicial es evitar esas dilaciones no deseables. Desde el punto de vista procesal, entendemos que en congruencia con los principios que son propios del proceso civil, será la parte que lo alegue la que tendrá que probarlo (art. 1.214 del Código Civil). En el supuesto debatido de cantidades adeudadas por el arrendatario y al mismo tiempo el arrendatario considera que ha habido cantidades que deberían ser abonadas por su arrendador, deberá alegar la compensación, y el Juez apreciarla, como se pone de manifiesto en la SAP de Gerona, sección 2.^a de 8 de enero de 1999.

Partiendo pues de la tesis de que no cabe compensación y al mismo tiempo del supuesto habitual de no depositar la fianza ante la Administración, nos debemos plantear las diversas soluciones jurídicas que se ofrecen al arrendatario ante el supuesto, no desgraciadamente raro, que el arrendador se niegue no sólo a depositar la fianza sino a devolverla.

Extinguido pues, el contrato de arrendamiento y entregadas las llaves, puede ocurrir que el arrendador decida quedarse **unilateralmente** con la fianza. En este caso, lamentablemente no esporádico, al arrendatario le caben tres posibles salidas:

A) JURISDICCIÓN PENAL

El inquilino «sumamente enfadado» puede decantarse por esta vía en la reclamación de la fianza, mediante la presentación de la correspondiente denuncia o querrela. Desde el punto de vista penal, la conducta del arrendador puede incardinarse en el delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, que como todos sabemos, castiga a *«los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquiera otras cosas mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración...»*, siendo claro y evidente que la fianza es un efecto pecuniario susceptible de apoderamiento. Sobre el particular resulta interesante el Auto de la Audiencia Nacional, sección 2.^a de 30-10-1997 (EDE 97/16294), que nos recuerda que el delito se cometería si no se devuelve la fianza y no cuando subsistente el contrato, ese dinero se utiliza para otros usos.

Si se acreditase un dolo antecedente, esto es, que el arrendador desde el primer instante sabía que no iba a cumplir sus obligaciones, ni civiles ni administrativas, estaríamos en la compleja figura de la estafa. Deberíamos de analizar la tenue línea divisoria entre dolo civil y dolo penal. En este último supuesto enfrentarnos a los denominados *contratos civiles criminalizados*. Como señalan las sentencias de 15 de marzo, 8 de abril y 14 de octubre de

1985 y 13 de junio de 1986, la índole aparentemente formal y correcta de ciertos negocios jurídicos no impide que en el fondo subyazca una situación engañosa grave, un engaño defraudatorio, capaz de mover la voluntad de quienes se confían en quienes ofrecen la realización del contrato. Todo el aparato que acompaña a la captación del otro contratante, el que acepta en este caso la oferta de los procesados, es dato de especial significación, nos referimos a las maniobras fraudulentas a las que se refieren el artículo 405 del CP francés y que la doctrina científica recoge expresivamente con la frase «*mise en scène*». En materia de fianza va a resultar complicado acreditar estos datos. Sí habría delito si el arrendador realiza la misma operación con una pluralidad de arrendatarios, en este caso sí se podría probar una maquinación previa vinculada a un plan preconcebido. Es el típico caso del arrendador que sólo arrienda a ciertos colectivos como estudiantes y sistemáticamente se queda con la fianza.

Igualmente podríamos entender que podría ser un delito de malversación de caudales públicos, y ello atendiendo a la finalidad pública inherente a la fianza arrendaticia. Sin embargo, tal y como se desprende de los artículos 432 a 435 del Código Penal, reguladora de este delito, deberemos rechazar rápidamente esta hipótesis. La razón fundamental no descansa en que el particular no es autoridad o funcionario público, pues el artículo 435 permite al particular ser sujeto activo de este delito, sino ante todo, a que el delito de malversación exige que el dinero malversado o distraído forme ya parte del caudal o efecto público. El caso que analizamos se caracteriza precisamente porque el arrendador no ha acudido a la Administración a depositar la fianza arrendaticia. Por el contrario, sí habría delito de malversación en aquella autoridad o funcionario público que se apropiare de una fianza arrendaticia ya depositada.

Planteada la denuncia será obligación del Juez instructor aclarar la naturaleza delictiva, resultando en este caso decisiva la versión que nos pueda dar el arrendador, llamado como imputado al proceso penal, sobre por qué se ha quedado con la fianza arrendaticia. En el caso de que el arrendador alegara justa causa, como que el arrendatario ha dejado cantidades indebidas, no deberá continuar el proceso penal, debiéndose archivar la causa con la correspondiente reserva de acciones civiles para el perjudicado. La razón resulta evidente, el proceso penal no puede desnaturalizarse y convertirse en un proceso civil, pues para eso ya existe, obviamente, la jurisdicción civil. Por el contrario, si el arrendador no da una versión convincente, mucho me temo que nos deberemos plantear la existencia del ilícito penal con la correspondiente responsabilidad civil derivada del delito, salvo que la parte perjudicada por el mismo renuncie o se reserve la acción civil, pues la penal es irrenunciable y el ejercicio de la acción penal, al ser pública, le queda encomendada legalmente al fiscal.

B) JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

El incumplimiento del deber de depositar la fianza va a acarrear una sanción administrativa. La generalidad de la legislación administrativa considera infracción la falta de depósito de la fianza arrendaticia.

Sin embargo ambas vías resultan, en mi entender, demasiado groseras para tutelar efectivamente al inquilino. Pueden conminar al arrendador y convencerlo para que cumpla sus obligaciones, pero la experiencia me dice que no ha hecho el Derecho Penal o Administrativo sancionador para tutelar intereses privados. En todo caso, sí debemos ser conscientes que la vía administrativa en ningún caso nos garantizará la devolución de la fianza. La penal, al llevar aparejada la acción civil, sí podrá ofrecernos la reparación del daño causado.

C) JURISDICCIÓN CIVIL

Obviamente ya sólo nos queda la respuesta civil. Curiosamente se plantea aquí un problema procesal en el sentido de que no pueden aplicarse las normas procesales arrendaticias, dado que el contrato de arrendamiento está extinguido. Y está extinguido al haber transcurrido el plazo de duración del contrato y al haber recuperado el arrendador la posesión inmediata de la cosa. El artículo 36.4.º señala que habrá que devolver la fianza al mes de recuperar las llaves de la cosa arrendada. Consecuentemente estaremos ante una reclamación de cantidad que se tramitará por los cauces procesales ordinarios dependiendo de la cuantía.

Cabe, igualmente, que nos planteemos el supuesto inverso. Esto es, que el arrendatario que ha preavisado, conforme al artículo 9.1 de la LAU, su intención de no renovar el contrato, no pague la renta de ese último mes *a cuenta* de su fianza. Técnicamente tal modo de proceder es inexacto, pues renta y fianza son conceptos distintos, no admitiéndose la compensación por los motivos *ut supra* señalados, que en aras de la brevedad damos por reproducidos. Obviamente cuando el inquilino procede de este modo subyace en la mayor parte de los casos una finalidad cautelar. Sin embargo, no debe ser admitido porque dejaría sin sentido los fines de la fianza. El problema es que jurídicamente el arrendador poco podrá hacer. No puede desahuciarlo, pues cuando fuese resuelta la demanda, el inquilino ya hubiese abandonado el lugar. Tampoco reclamar en cognición por idénticas razones unidas a que se opondrá por el arrendatario la existencia de una fianza.

5. FIANZA Y FONDO DE RESERVA

La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal operada por Ley 8/1999, de 6 de abril, ha traído algunas novedades al problemático campo de la propiedad horizontal. Entre las obligaciones de los propietarios se ha venido a establecer en el artículo 9.1./) la obligación de constituir un denominado fondo de reserva. Tradicionalmente ha existido un paralelismo entre algunos aspectos de la normativa arrendaticia y los referentes a la propiedad horizontal. Baste citar la posibilidad de lanzamiento del arrendatario por actividades insalubres o prohibidas, ya sea al amparo de la LPH o de la LAU.

En las líneas que siguen trataremos de una forma sucinta poner de manifiesto la relación entre fondo de reserva y fianza.

El legislador ha querido con esta extraña institución garantizar el adecuado estado del inmueble, por lo que se ha visto obligado a reforzar las obligaciones de los titulares dominicales. Podemos definir el fondo de reserva como aquella obligación de naturaleza pecuniaria que recae sobre el propietario y cuyo fin es la conservación del edificio. Esta finalidad garantista, ciertamente nos recuerda el mismo fin en la fianza arrendaticia y nos hace plantarnos diferentes interrogantes.

En principio parece que nada tiene que ver la fianza y el fondo de reserva, máxime cuando la reforma de la LPH no ha venido acompañada de una reforma de la LAU. Planteada la cuestión desde la perspectiva arrendaticia, el fondo de reserva entraría en el polémico concepto de renta asimilada o el todavía más impreciso: «*cantidades que el arrendatario deba asumir por contrato o por ley*», si seguimos la nomenclatura de la LEC cuando se refiere al desahucio.

Desde un punto de vista contractual nada parece oponerse a tal posibilidad por cuanto, como hemos visto, junto a la fianza pueden establecerse otros mecanismos garantizadores de los derechos económicos del arrendador. El artículo 36 de la LAU actual, en su apartado 5.º autoriza expresamente al arrendador a pactar «*cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico*».

Pero no es éste el único título habilitador para «*endosar*» el coste económico del fondo al inquilino. Por otra parte, los gastos para el adecuado sostenimiento del edificio pueden ser objeto de repercusión al arrendatario, tal y como se desprende del artículo 20 de la actual LAU, siempre y cuanto se cumplan con las formalidades fijadas en el propio precepto. Este precepto autoriza a repercutir «*servicios, tributos, cargas y responsabilidades*», fórmula que permite englobar el concepto de reserva, la cual resulta evidente ser una carga para el propietario del inmueble.

Consecuentemente, nos encontramos con dos mecanismos que justifican que el fondo de reserva pueda en último término ser repercutido al arrenda-

tario, bien en base al artículo 36, bien en base al artículo 20. Si bien lo dicho, solamente vale para los arrendamientos que se constituyan vigente la reforma LPH. Pues ambos preceptos exigen pacto expreso, no cabe pues repercutirlos por ministerio de la ley.

Respecto a la posibilidad de repercutirlo a contratos regidos por la vieja LAU, la respuesta ha de ser negativa. Obviamente, la Disposición Transitoria 2.^a no autoriza tal repercusión por cuanto el fondo de reserva ni es suministro ni tampoco obra. El legislador, lamentablemente, una vez más se olvidó de la LAU, no modificando este aspecto. El arrendador, en un contrato generalmente antieconómico, se verá agravado por la necesidad de constituir fondo de reserva, sin la posibilidad de repercutirlo a su inquilino.

Por tanto, circunscribiéndonos a los contratos de la LAU actual y vistas ambas posibilidades, parece más adecuado a los propios fines del fondo de reserva pactar la repercusión de su coste al amparo del artículo 36 LAU. Por tanto como un mecanismo adicional a la fianza en metálico.

6. CONCLUSIONES

El legislador de 1994 ha querido seguir con la tradición del mantenimiento de la fianza arrendaticia a pesar de ser un instrumento que en muchas ocasiones entorpece las relaciones jurídicas privadas. La intervención de la Administración resulta inadmisibles si se contempla desde la perspectiva del Derecho Civil que observa atónito que el legislador a veces se rija por criterios puramente economicistas. La Ley 29/1994 es exponente claro de este comportamiento.

Por consiguiente, aunque la generalidad de la doctrina critique su mantenimiento, mucho me temo que persistirá, so pena de privar a las siempre sedientas arcas autonómicas de un seguro y fácil ingreso.

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO
Abogado. Fiscal AP. Jaén (Ubeda)
Profesor-tutor de Derecho Mercantil UNED