

La Fianza Arrendaticia y su Depósito Obligatorio

Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA

Profesor Titular de Derecho Civil, Letrado del Tribunal Constitucional

RESUMEN: Cabe distinguir en la actualidad en la regulación de la fianza arrendaticia:

- a) La relación Arrendador-Arrendatario que lleva a pactar la prestación de garantía, planteándose las cuestiones de la naturaleza de la Fianza Arrendaticia, la imperatividad de la Fianza Arrendaticia, los contratos a los que se aplica la fianza, los sujetos de la fianza, el tiempo, cuantía y forma de la fianza, la restitución de la fianza: tiempo y modo de hacerla y la actualización de la fianza.
- b) La relación Arrendador-Administración Pública Autonómica: que implica la obligación legal de poner (depositar) a disposición de la Administración Pública Autonómica el importe de la Fianza Arrendaticia. Plantea las cuestiones de su naturaleza jurídica, nacimiento, sujetos y objeto de la obligación de depósito y la restitución del depósito y objeto, tiempo y efectos del retraso, la potestad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir la obligación de los arrendadores de poner (depositar) a su disposición el importe de las fianzas y su configuración como una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria. Consecuencias constitucionales de esta calificación, contenido y límites de la competencia autonómica y forma de ejercicio de la potestad autonómica.

Descriptores: Ley de Arrendamientos Urbanos. Fianza arrendaticia. Arrendador. Arrendatario

I. LOS DOS PLANOS QUE CABE DISTINGUIR EN LA ACTUALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LA FIANZA ARRENDATICIA

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, simplemente, LAU), dedica el art. 36 y la Disposición Adicional 3.^a a regular la fianza que debe exigir el arrendador y debe prestar el arrendatario al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento, y su posterior depósito a favor de las Comunidades Autónomas. De este modo, la fianza arrendaticia constituye una institución compleja en la que cabe

distinguir dos planos bien diferenciados, a saber: el plano estrictamente civil o *internos* que se da en la relación de garantía existente entre arrendador y arrendatario, y que es la que se regula en el art. 36 LAU; y la dimensión jurídico-pública que el depósito obligatorio del importe de las fianzas presenta en la relación arrendador-Administración Pública Autonómica, y que es la contemplada en la DA 3.^a LAU.

Ambos planos, sin embargo, se hallan en la actualidad íntimamente conectados, pues la fianza que regula el art. 36 LAU no representa ya el límite o el tope máximo de las cantidades o garantías que el

Recibido: 01.06.00

El presente artículo constituye un resumen actualizado de mi libro *Las Fianzas Arrendaticias y su Depósito Obligatorio en las Comunidades Autónomas*, SEPIN, Madrid, 1998, a cuyo

texto y a la bibliografía allí citada remito al lector interesado en un estudio más amplio del tema, y en el que se recoge además la legislación estatal y autonómica sobre la materia.

arrendador puede exigir al arrendatario (1), como lo evidencia el hecho de que el art. 36.5 LAU autorice a las partes para «*pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico*». Por ello, en la vigente LAU la fianza no cumple una función protectora del arrendatario y el arrendador puede exigir en garantía del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al locatario, además de la fianza en metálico que se contempla en el art. 36.1 LAU, cualquier otro tipo de garantía adicional o complementaria de aquélla, ya consista en la entrega de una cantidad en metálico superior a la prevista legalmente, o en otra clase de garantía, siendo indiferente que ésta tenga carácter personal o real, o se preste por el propio arrendatario o por un tercero. En la práctica lo más frecuente es la prestación de fianza (en el sentido del art. 1.822 CC) por un tercero (por ejemplo, aval bancario), o la exigencia de un contrato de seguro a cargo del arrendatario que cubra o deje a salvo los principales riesgos o responsabilidades que puedan derivarse de la conducta del arrendatario o de las personas por las que deba responder (daños producidos en la finca arrendada, responsabilidad civil frente a terceros, etc.).

Lo dicho permite concluir que la fianza contemplada en el art. 36 LAU cumple la función de marcar los *supuestos* en que las Comunidades Autónomas pueden imponer al arrendador el depósito legal previsto en la DA 3.^a LAU, así como las *cuantías máximas* que pueden reclamar por este concepto. Si no se acepta esta conclusión, el sistema legal resulta claramente incoherente, pues si el arrendador puede exigir al arrendatario las garantías que tenga por conveniente, sobraba la regulación del art. 36 LAU y la fijación de las cuantías que se establecen en dicho precepto, que sólo se explica por la única razón que justifica la regulación legal de la fianza en la actualidad: la existencia de la posterior obligación legal del arrendador de

poner (depositar) a disposición de la Administración Pública Autonómica el importe de la fianza obligatoria.

En atención a lo expuesto, la comprensión cabal de los mandatos normativos contenidos en el art. 36 y en la DA 3.^a LAU exigen una interpretación conjunta y armónica de ambos preceptos que tenga siempre presente los dos planos que hemos apuntado.

2. LA RELACIÓN ARRENDADOR-ARRENDATARIO: LA PRESTACIÓN DE GARANTÍA

El arrendatario, como todo deudor, responde del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio (art. 1.911 CC). La LAU no considera, sin embargo, suficiente esta *afección genérica* de los bienes del arrendatario, y le impone, en el art. 36, la obligación legal (porque su origen no está en el pacto privado de los contratantes, sino en la voluntad de la ley que la establece: art. 1.089 CC), de que a la celebración del contrato de arrendamiento preste «*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*», es decir, que haga entrega al arrendador de una o dos mensualidades de renta en garantía del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden como tal arrendatario frente al arrendador. De este modo, además de la afección genérica del art. 1.911 CC, se establece una afección específica de la cantidad entregada en concepto de fianza al pago o cumplimiento de sus obligaciones arrendatarias. Veamos cuáles son las notas que definen esta garantía.

2.1. Naturaleza de la fianza arrendaticia

La primera cuestión que plantea la interpretación del art. 36 LAU, es la de precisar la naturaleza jurídica de la garantía en que consiste.

(1) Recuérdese que la fianza comenzó a regularse en el ámbito de los arrendamientos urbanos, por el Decreto de 21 de junio de 1920 (art. 7.^º), con la finalidad de *limitar* la cantidad máxima que el arrendador podía exigir por este concepto para

evitar los abusos de los arrendadores que, a menudo, exigían a los arrendatarios la entrega de cantidades elevadas de dinero a la celebración del contrato.

Al respecto es necesario recordar que la palabra fianza se emplea en el lenguaje jurídico con diversos significados. Unas veces, se utiliza en un sentido amplio y genérico, equivalente a cualquier tipo de garantía prestada para el cumplimiento de una obligación. Con este significado, por ejemplo, lo hacen los arts. 385, 1.402 y 1.428 LEC, o el art. 591 LECRIM.

Frente a esta acepción genérica, la fianza tiene un sentido más reducido y técnico que hace referencia a la especial garantía que existe cuando un tercero (fiador), se obliga frente al acreedor para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, y que es la que se regula en el art. 1.822 y siguientes del Código Civil.

Pero junto a estos dos significados, se está haciendo cada vez más habitual tanto en la práctica como en la legislación el uso de la expresión fianza para referirse a una forma específica de garantía que consiste en la entrega de una cantidad de dinero que se afecta al cumplimiento de una obligación (2). Este es, por ejemplo, el sentido de algunas fianzas que se prestan en los procesos penales para obtener la libertad provisional, o la que se regula en el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, que la exige como requisito para la incorporación a un Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y el consiguiente ejercicio de la profesión (arts. 10 y 11), o la que se impone en el Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, como requisito para el ejercicio de la profesión de Procurador de los Tribunales (arts. 6.º-b y 21 y ss.).

Aunque, curiosamente, el art. 36 LAU no dice quien es el obligado a prestar la fianza, no hay duda de que el obligado a prestarla es exclusivamente el arrendatario, por lo que la expresión no está utilizada en su sentido estricto y técnico de garantía prestada por un tercero (art. 1.822), por la sencilla razón de que el arrendatario es una de las partes obligadas de modo principal por el contrato de arrendamiento, y por tanto, la garantía que la ley le obliga a prestar se constituye en garantía del cumplimiento de sus propias obligaciones

(2) Normalmente, la obligación garantizada mediante esta modalidad de garantía es una obligación no pecuniaria. La razón es sencilla, si la fianza dineraria se presta para asegurar una obligación pecuniaria, en realidad, la entrega en garantía equivaldría sin más a un pago anticipado de la obligación

contractuales. Por otra parte, la circunstancia de que la fianza arrendaticia que regula el art. 36 LAU tenga que prestarse en metálico, es decir, en dinero, evidencia que nos hallamos ante la forma específica de garantía que antes hemos referido y cuya naturaleza jurídica es la de lo que la doctrina califica como un supuesto de *prenda irregular pecuniaria*.

Estamos, pues, en presencia de una prenda irregular pecuniaria que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, constituye una forma específica de garantía real de las obligaciones, ya que ni da lugar al nacimiento de un derecho real en cosa ajena, como ocurre con la prenda ordinaria o regular, ni le son aplicables muchas de las reglas previstas en el Código Civil para la garantía pignorativa ordinaria.

En efecto, en la fianza arrendaticia (prenda irregular pecuniaria), la entrega del metálico no hace nacer en el arrendador (acreedor pignoraticio) un mero derecho *in re aliena* de garantía. Al ser el dinero un bien fungible (el bien fungible por antonomasia), el arrendador adquiere la propiedad de la suma entregada desde el mismo momento en que la recibe, por lo que sólo queda obligado, de modo exclusivamente personal, frente al arrendatario (deudor) a devolver o restituir, al finalizar el contrato de arrendamiento, el *tantumdem* o la misma cantidad de dinero recibida, salvo que por el incumplimiento del arrendatario el importe de la fianza deba aplicarse a cubrir las responsabilidades para las que se constituyó.

2.2. Imperatividad de la fianza arrendaticia

Los términos del art. 36.1 LAU (que se incluye en el Título IV de la Ley), que expresamente dice que a la celebración del contrato «será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico, y el tenor del art. 4.1 LAU según el cual Los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán de forma imperativa a

garantizada que produciría su extinción. Por ello, la fianza dineraria que nos ocupa resulta útil para asegurar obligaciones de hacer o de no hacer cuyo incumplimiento se traducirá en una indemnización pecuniaria que podrá hacerse efectiva mediante la suma entregada como fianza.

*lo dispuesto en los Títulos I, IV y V de la misma ...», parecen no dejar dudas de que la fianza resulta obligatoria tanto para el arrendador como para el arrendatario que deben exigirla y prestarla, respectivamente, de modo imperativo. Por si esto fuera poco, el art. 27.2.b) LAU, incluye, como causa de resolución «*de pleno derecho*» del contrato de arrendamiento a instancia del arrendador, el supuesto de «*Falta de pago del importe de la fianza o de su actualización*».*

Las cosas, sin embargo, no resultan tan sencillas como parecen. Por mucha imperatividad que el art. 4.1 LAU quiera imprimir a la fianza, no puede olvidarse que en la relación estrictamente contractual o *inter privatos* en la que nos hallamos ahora, es decir, en la relación arrendador-arrendatario, la fianza se establece en beneficio o interés exclusivo del arrendador, sin que en esta materia se vea implicado interés general alguno (cosa distinta es lo que ocurre en la relación de depósito obligatorio del importe de la fianza que se da entre arrendador-Administración Pública autonómica, y que luego estudiaremos). Por ello, la imperatividad que tan pomosamente se enuncia en el art. 4.1 LAU pierde toda eficacia jurídica en el plano estrictamente *inter privatos*. Cuando el arrendador o bien renuncia a la fianza o, sencillamente, adopta una posición pasiva dejando de exigirla o de reclamarla al arrendatario. ¿Si el arrendador no quiere reclamar la fianza, existe alguna instancia pública o privada que pueda obligarle a exigirla?

Pese a lo que se dice en los arts. 4.1 y 36.1 LAU, el pacto por el cual el arrendador renuncia a exigir la fianza al arrendatario, en la relación *inter partes* es plenamente válido y eficaz, pues no se vulneran los límites de la autonomía privada que se establecen en los arts. 6.^º2 y 3 CC. En primer lugar, este pacto no contraviene el interés ni el orden público ni perjudica a terceros (art. 6.^º2), ya que con él no resulta afectado el interés general ni se produce perjuicio de tercero en la medida en que no es oponible frente a la Administración Pública Autonómica, que cuando haya establecido la obligación de depósito que se contempla en la DA 3.^a LAU, podrá exigir al arrendador que ponga a su disposición (deposito) el importe de la fianza, pese a la

existencia del pacto por el cual renunció a exigírsela al arrendatario. Y ello, porque el interés de la Administración se satisface con el hecho de que el arrendador preste el depósito obligatorio, con independencia de cuál sea el patrimonio del que proceda la cantidad depositada que, a estos efectos, es indiferente que tenga su origen en la suma previamente entregada por el arrendatario al arrendador en concepto de fianza, o que provenga directamente del propio arrendador, cuando haya renunciado a la fianza o, simplemente, no se la haya reclamado al arrendatario.

Además, tampoco resulta aplicable el art. 6.^º3 porque la imperatividad que se establece en el art. 4.^º1 LAU hay que ponerla en relación con lo que se contempla en la DA 3.^a LAU. Lo que se quiere decir, simplemente, es que para el arrendador la obligación de depósito de la fianza es de *ius cogens*, por lo que el pacto de renuncia a la fianza no tiene validez frente a la Administración y será nulo en lo que afecte a la obligación de depositar el importe de la fianza establecida en el art. 36.1 LAU, por la sencilla razón de que la propia ley establece un efecto distinto para el caso de contravención, esto es, la inoponibilidad de dicho pacto frente a la Administración. Existe pacto de renuncia o no, lo que la Ley quiere es que el arrendador deposite el importe de la fianza que regula el art. 36.1 LAU en la forma que las Comunidades Autónomas establezcan, solamente esta obligación legal es la que tiene carácter imperativo y por consiguiente resulta inderogable por la autonomía privada, quedando cubierta por la sanción de nulidad del art. 6.^º3 CC.

Pero con relación a la imperatividad de la fianza queda por examinar la operatividad del art. 27.2.b) LAU, que faculta al arrendador a instar la resolución del contrato en los supuestos de «*falta de pago del importe de la fianza o de su actualización*», cuando las partes pactaron la renuncia a la fianza.

En este supuesto, al ser el pacto de renuncia plenamente válido y eficaz entre las partes, el arrendador no podrá hacer uso de esta causa de resolución contractual. Si en virtud del pacto renunció a exigir la fianza, no surgió la obligación del arrendatario de prestarla, y por tanto

nunca pudo incumplir una obligación (el pago de la fianza), a la que no estuvo en ningún momento sujeto. Faltando el presupuesto de la norma (el incumplimiento de la obligación de pagar la fianza), resulta por consiguiente inaplicable el art. 27.2.b) LAU.

Por otra parte, aunque admitiésemos que el pacto por el que el arrendador renunció a exigir la fianza es nulo por ir contra la norma imperativa del art. 36.1 LAU, entiendo que tampoco podría entrar en juego la causa de resolución del art. 27.2.b) LAU. Lo impediría la buena fe y la doctrina de los actos propios, puesto que quien con su propia conducta (arrendador que pacta la renuncia a la fianza) crea en el arrendatario la legítima confianza de que no está obligado a prestarla, no puede luego validamente *venire contra factum proprium*, y exigir la resolución del contrato por el incumplimiento de la obligación de prestarla. Lo contrario sería aceptar un comportamiento *inciviliter* que no puede ser aceptado ni tutelado por los Tribunales (art. 7.º.1 CC).

2.3. Contratos a los que se aplica la fianza

El art. 36 LAU se limita a disponer que «*A la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza ...*», sin especificar a qué contrato se está refiriendo, a diferencia de lo que hacía el derogado art. 105 TRLAU de 1964, que expresamente extendía su ámbito de aplicación a los «*contratos comprendidos en esta Ley*» (TRLAU). Pese a esta omisión, la cuestión la resuelve el art. 4.º.1 LAU que declara que «*Los arrendamientos regulados en la presente ley*,» quedan sometidos de forma imperativa a lo dispuesto en el Título IV (en el que está incluido el art. 36 LAU), lo que rectamente interpretado significa que el art. 36 LAU se aplicará a todos los arrendamientos de fincas urbanas sujetos al ámbito de aplicación de la vigente LAU, esto es, a todos los arrendamientos que se califiquen

(3) En la actual LAU, la doctrina habla de vivienda *suntuaria* para referirse al supuesto del art. 4.2-II LAU, es decir, a aquellos contratos de arrendamiento de vivienda cuyo objeto lo constituye una finca

como arrendamientos de vivienda o como arrendamientos para uso distinto de vivienda (arts. 1, 2 y 3 LAU) y que no estén excluidos por el art. 5.º LAU.

El texto primitivo del art. 36 LAU no contenía ninguna excepción a la regla general por lo que todos los arrendamientos sujetos a la LAU estaban obligados a prestar la fianza que la norma regula. En consecuencia, los arrendamientos de temporada, excluidos de fianza por el Decreto de 11 de marzo de 1949 (art. 2.º), están ahora sujetos a prestarla, y además, si se sigue el tenor literal del precepto, en la cuantía de dos mensualidades de renta al calificarse por el art. 3.º.2 LAU como arrendamientos para uso distinto de vivienda.

Se plantea la doctrina si el art. 36 LAU se aplica a los arrendamientos de vivienda suntuaria a que se refiere el art. 4.2-II LAU (3). A nuestro juicio, desde el momento en que este tipo de arrendamientos de vivienda vienen regulados en la LAU, pues se trata de arrendamientos de vivienda que la propia ley contempla para darles un tratamiento específico en el art. 2 LAU, consistente en someterles a un especial sistema de fuentes, la única solución aceptable es que también en estos contratos rige la fianza que se establece en el art. 36 LAU.

El art. 36 LAU no menciona el supuesto del subarriendo. Este silencio de la ley permite, en principio dos interpretaciones, una amplia, según la cual al ser el subarriendo un contrato (subcontrato) de arrendamiento que sólo se diferencia por la nota de estar supeditado al arrendamiento principal, le será exigible la fianza puesto que, en realidad, se trata de un contrato de arrendamiento que también está regulado en la ley (arts. 8.2 y 32 LAU). Frente a esta interpretación, se alza la que considera que el art. 36 LAU sólo exige la fianza para los supuestos de arrendamiento principal, quedando excluidos los casos de subarriendo. A nuestro juicio, esta segunda solución es la que mejor se ajusta al propósito del legislador. Así lo explican el silencio de la ley frente a la mención expresa del subarriendo que se contenía en el art. 105 TRLAU, que sólo puede

urbana de una superficie superior a 300 metros cuadrados, o en los que la renta inicial pactada en cómputo anual excede de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

interpretarse como la voluntad del legislador de excluir al subarriendo de la obligación de prestar fianza, y la tramitación parlamentaria del precepto que reiteradamente rechazó la inclusión del subarriendo en la norma.

Finalmente, debe recordarse que frente a lo que ocurría en la legislación derogada, en la que el art. 105.2 TRLAU de 1964 y el art. 2.^º del Decreto de fianzas de 11 de marzo de 1949, excluía a los arrendamientos de locales cedidos al Estado, Provincia o Municipio de la obligación de prestar fianza, el texto primitivo del art. 36 LAU, no contenía excepción alguna para este tipo de contratos por lo que quedaban también obligados a la prestación de fianza. La solución de la ley en este punto, sin embargo, fue, una vez más, fruto del simple olvido del legislador, razón por la cual advertido el lapsus el propio legislador se ha apresurado a corregir el error en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE del 31 de diciembre), que, en su art. 145, ha añadido un nuevo número 6 al art. 36 LAU que ahora exceptúa de la obligación de prestar fianza a las «*Administraciones Públicas, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, así como los organismos autónomos, entidades de derecho público y demás entes públicos dependientes de ellas, cuando la renta haya de ser satisfecha con cargo a sus respectivos presupuestos*».

2.4. Sujetos de la fianza

En la relación *inter privatos* en la que ahora nos encontramos, y que es la que regula el art. 36 LAU, los sujetos de la fianza son exclusivamente dos: el arrendador y el arrendatario. El arrendador, es el acreedor o sujeto activo de la fianza, es decir, el contratante al que la ley le impone la obligación de exigir la fianza (aunque como ya vimos anteriormente, podrá renunciar a exigirla).

El arrendatario, por su parte, es el deudor o sujeto pasivo de la fianza, el contratante al que la ley impone la obligación de prestar la fianza. Aunque el

obligado a prestar la fianza es el arrendatario nada impide que esta obligación sea cumplida por un tercero. Así lo autoriza el art. 1.158 CC, que permite que un tercero pague la deuda de otro, y el último párrafo del art. 1.857 que faculta para dar en prenda los propios bienes en garantía de una deuda ajena.

2.5. Tiempo, cuantía y forma de la fianza

El art. 36.1 LAU no sólo impone la obligación del arrendador de exigir la fianza y la del arrendatario de prestarla, establece también el tiempo, la cuantía y la forma en que debe prestarse la fianza.

En cuanto al *tiempo*, claramente dispone el precepto que la fianza debe exigirse y prestarse «*a la celebración del contrato*». Por tanto, las obligaciones legales de exigir (arrendador) y de prestar (arrendatario) la fianza nacen en el instante de la perfección del contrato, ya que por celebración del contrato hay que entender el instante en el que se produce el concurso de voluntades determinante del consentimiento contractual que da lugar al nacimiento del contrato, pues al ser el arrendamiento un contrato consensual no se exige para su perfección más que el consentimiento de las partes sobre los elementos esenciales del contrato (arts. 1.258, 1.262 y 1.543).

En los casos en que pese a existir el consentimiento contractual, las partes hayan establecido que las obligaciones derivadas del arrendamiento no se harán efectivas hasta un momento posterior (por ejemplo, se celebra un *precontrato* de arrendamiento señalándose que el comienzo del contrato tendrá lugar cuando el actual ocupante de la finca la deje libre), entiendo que lo más correcto es considerar que la obligación de prestar la fianza no surgirá hasta el momento en que se inicie o comience efectivamente la ejecución del contrato. En este sentido, por «*celebración del contrato*» el legislador ha querido referirse más que al momento de perfección del contrato o de emisión del consentimiento contractual, a la fecha o instante de comienzo efectivo de la relación contractual, de puesta de la finca arrendada a disposición del arrendatario.

Respecto a la *cuantía* de la fianza, el art. 36.1 LAU expresamente cifra su importe en una mensualidad de renta para los arrendamientos de vivienda y en dos mensualidades de renta en el caso de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

En el caso de los arrendamientos de viviendas amuebladas, al no contener la ley ninguna especialidad para este supuesto, la única cuantía de la fianza obligatoria exigible a la que debe estarse es a la general de una mensualidad de renta.

Por lo que se refiere a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, la ley no hace ninguna excepción por lo que, conforme al art. 36.1 LAU, en el caso del arrendamiento de temporada se llega al absurdo de que el arrendador debe exigir y el arrendatario debe prestar una fianza que muchas veces será considerablemente superior al importe del alquiler (piénsese, por ejemplo, en los casos de arrendamientos por una semana o por quince días tan habituales en las zonas turísticas). Esta circunstancia impone una interpretación correctora de la norma que reduzca el importe de la fianza obligatoria a sus justos límites. En este sentido, resulta conveniente traer a colación la inteligente solución adoptada por la Ley 13/1996, de 29 de julio, del Parlamento Catalán, sobre registro y depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas, que tratando de adaptar la legislación autonómica sobre la materia a la nueva LAU, entiende que la cuantía del depósito obligatorio que debe realizar el arrendador a favor de la Administración Autonómica en los casos de arrendamiento de temporada, debe ser proporcional al tiempo de duración del contrato, considerando, a estos efectos, que las dos mensualidades de renta que exige el art. 36.1 LAU están referidas al periodo de un año. Esta es, a nuestro juicio, la solución que debe seguirse también a la hora de fijar el importe de la fianza obligatoria prevista en el art. 36.1 LAU, por ser más justa y razonable que la que se deduce de la aplicación automática y ciega de la norma legal.

Finalmente, por lo que se refiere a la *forma*, el art. 36.1 LAU nos dice que la fianza que regula debe prestarse *en metálico*, lo que inequívocamente significa que la garantía se hace efectiva únicamente

mediante la entrega de una cantidad de dinero, sin que la expresión *en metálico* deba interpretarse en el sentido de que el dinero debe pagarse mediante monedas metálicas. Valen por consiguiente tanto las monedas como el papel moneda. Por otra parte, si lo admite el arrendador, será posible, como ocurre siempre con las deudas monetarias, que el pago de la fianza se efectúe mediante la entrega de cheques u otro tipo de títulos de crédito que incorporen el derecho a exigir o recibir una suma pecuniaria, con los efectos previstos en el art. 1.170 CC. En todo caso, el arrendatario tiene derecho a exigir al arrendador que le de recibo o un documento acreditativo de que ha prestado la fianza (art. 17.4 LAU, por analogía).

2.6. La restitución de la fianza: tiempo y modo de hacerla

Como sabemos, la fianza cumple una función de garantía, es una forma específica de garantía del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, esto quiere decir que el importe o la cantidad *en metálico* (dinero) que recibe el arrendador queda *afecta* a las responsabilidades (pecuniarias) que puedan derivarse del incumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

El Decreto de 11 de marzo de 1949 parece reducir la función de garantía de la fianza arrendaticia a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de «*cuidado y conservación de la cosa arrendada*», y de «*pago del precio del arrendamiento*» (art. 2.º), sin embargo, las obligaciones que quedan cubiertas con la fianza son, en principio, todas las que le corresponden al arrendatario por razón del contrato, que serán no sólo las expresamente pactadas, sino todas aquellas que deriven de la buena fe, de los usos y de la ley (art. 1.258 CC). No obstante, por su propia naturaleza dineraria la fianza responde básicamente del incumplimiento de las siguientes obligaciones del arrendatario:

- 1.º) De la obligación de pago de la renta y de aquellas otras cantidades cuyo pago asumió o le corresponden al arrendatario (art. 1.555-1.º CC y arts. 17 y 20 LAU).

- 2^a) De la obligación de indemnizar al arrendador por los daños o menoscabos producidos en la finca arrendada (o en otros bienes o derechos del arrendador), ya sea por un uso inadecuado o no diligente de la finca (art. 1.555.2.º CC), o por no haber actuado con la diligencia debida ante la aparición de hechos o daños que exigían una reparación urgente o una comunicación inmediata al arrendador (arts. 21 y 30 LAU y arts. 1.559 y 1.563 CC), ya sean imputables a la propia actuación del arrendatario o a la conducta de las personas por las que deba responder (arts. 21 y 30 LAU y art. 1.564 CC).
- 3^a) De la indemnización que proceda por el incumplimiento de la obligación de restituir la posesión de la finca al terminar el contrato (art. 1.561 CC).

Dada la función que cumple la fianza arrendaticia, su naturaleza jurídica es –como sabemos– la de un supuesto de *prenda irregular pecuniaria*, que trasmite directamente al arrendador la propiedad de la suma dineraria entregada con función de garantía, generando en éste sólo una obligación a la restitución del *tantumdem*. Esta restitución es la que regula el art. 36.4 LAU.

Técnicamente la restitución de la fianza se configura como un derecho de crédito o una obligación patrimonial de carácter estrictamente personal. Como en todo derecho de crédito u obligación patrimonial dos son sus sujetos.

Por un lado, está el arrendador, que es el deudor u obligado a efectuar la restitución del *tantumdem* o del saldo que corresponda tras la liquidación de las responsabilidades en que haya podido incurrir el arrendatario y que estaban cubiertas por la fianza.

El otro sujeto de la restitución es el acreedor, es decir, la persona que tiene el derecho a exigir la devolución de la fianza y que, en principio, será el arrendatario, ya que él es el obligado a prestarla y el que frecuentemente o en la mayoría de los casos, por no decir en todos, habrá sido el que efectuó la entrega de la suma dineraria en que consiste la fianza. Esta es la hipótesis normal y por ello es la contemplada en el art. 36.4 LAU cuando dispone que «*El saldo de la fianza en*

metálico que deba ser restituído al arrendatario ...».

Puede darse, sin embargo, el caso de que la fianza haya sido prestada por un tercero, que hizo la entrega del metálico por cuenta o por encargo del arrendatario, ya que aunque la prestación de la fianza es una obligación que la ley impone al arrendatario, nada impide que esta obligación sea cumplida por un tercero. En estos casos, salvo pacto en contrario de las partes, la restitución del importe de la fianza o del saldo que corresponda devolver deberá hacerse no al arrendatario sino a la persona que constituyó la fianza. Esta afirmación encontraría apoyo en el art. 1.162, en la idea de que en las obligaciones restitutorias el acreedor natural es siempre el *solvens*, o en la consideración de que el constituyente de la fianza, se subrogó en cuanto tercero que pagó la obligación del arrendatario de prestar la fianza, en el crédito de este último frente al arrendador para exigir su restitución a la terminación del arrendamiento (art. 1.210-2.º CC).

Vistos ya los sujetos de la obligación de restitución de la fianza, debemos ahora examinar cual es el objeto de esta obligación. En principio, al haberse prestado la fianza en garantía del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario, si éste cumplió sus obligaciones la restitución deberá extenderse a toda la suma dineraria entregada en su día, es decir, al *tantumdem*. No obstante, si el arrendatario incurrió en alguna responsabilidad será cubierta con la fianza prestada en cuyo caso solamente habrá que restituir la diferencia entre lo entregado y la cantidad a que ascienda o en la que se calcule la responsabilidad imputable al arrendatario. A esta diferencia es a lo que el art. 36.4 LAU llama «*El saldo de la fianza en metálico que deba ser restituído ...».* La determinación de este saldo, por consiguiente, presupone una previa tarea de *liquidación* del contrato de arrendamiento lo cual sólo puede hacerse una vez extinguida la relación arrendaticia. Por esta razón el art. 36.4 LAU dispone que la restitución de la fianza tendrá lugar al final del arriendo.

Ahora bien, la liquidación del contrato si bien presupone la extinción de la relación arrendaticia, sólo puede hacerse una vez

que el arrendatario haya restituido la finca arrendada al arrendador, pues hasta que esa restitución no se haya producido, ni el arrendatario habrá cumplido todas las obligaciones que le correspondían por razón del contrato ni el arrendador estará en disposición de examinar la finca arrendada y comprobar que el arrendatario cumplió sus obligaciones contractuales (entrega de la finca en buen estado, pago de la renta del último periodo del contrato, etc.). Esta es la razón por la que el art. 36.4 LAU fija el tiempo de cumplimiento de la obligación de restitución de la fianza o del saldo resultante en el mes siguiente a la fecha de la entrega de las llaves por el arrendatario. Es decir, que la ley concede al arrendador un plazo de un mes que se computa «desde la entrega de las llaves» por el arrendatario, para que proceda a efectuar la oportuna liquidación del contrato y restituya el saldo resultante de la fianza al arrendatario.

Si el arrendador incumple este plazo, y se retrasa en la devolución del saldo que «deba ser restituído al arrendatario», el art. 36.4 LAU establece la obligación del arrendador de pagar intereses moratorios en la tasa del interés legal. Por tanto, transcurrido un mes desde el día en que el arrendatario haya puesto efectivamente a disposición del arrendador la finca arrendada (la *entrega de las llaves* de que habla la norma), nace la obligación de pagar intereses moratorios de forma automática, sin necesidad de acto alguno de intimación o de reclamación por parte del arrendatario (o del constituyente de la fianza cuando fuese un tercero ajeno al arrendatario).

En la práctica es muy frecuente que el arrendatario se asegure la devolución de la fianza aplicándola al pago de la última mensualidad de renta, de forma que el arrendatario no paga el último recibo del alquiler con el objeto de que opere la compensación de créditos, y el crédito que él tendrá al finalizar el contrato frente al arrendador por razón de la fianza se extinga por compensación con el crédito que el arrendador tiene frente al arrendatario por razón de la última mensualidad. En puridad, esta forma de actuar, pese a lo extendido de su práctica, no es correcta pues el arrendatario no puede dejar de cumplir su obligación *actual* de pago de la renta para compensarla con la obligación

futura de restitución de la fianza, que todavía no es ni líquida o determinada ni está vencida ni es exigible (art. 1.196 CC), lo que sólo ocurrirá, como hemos visto, transcurrido un mes desde la entrega de la finca arrendada.

En la prenda regular u ordinaria, el acreedor pignoraticio no puede apropiarse directamente de la cosa pignorada si se produce el incumplimiento de la obligación garantizada con la prenda, debiéndose proceder a la realización del valor de la cosa dada en prenda mediante el correspondiente procedimiento de ejecución forzosa. Por esta razón el pacto comisorio, es decir, el pacto por el cual se autoriza al acreedor pignoraticio para hacer de su propiedad la cosa pignorada en caso de incumplimiento de la obligación garantizada es nulo por vulnerar lo dispuesto en el art. 1.859 CC. En la prenda irregular pecuniaria, como es el caso de la fianza arrendaticia, las cosas, sin embargo, se desarrollan de otra manera. En esta prenda, como ya vimos, el acreedor pignoraticio (arrendador) adquiere directamente el dominio de la cosa dada en prenda (dinero), por lo que en caso de incumplimiento el acreedor no puede apropiarse de la suma dineraria por la sencilla razón de que ya es el propietario de ella. Por otra parte, tampoco es preciso acudir a un proceso de realización de valor de la cosa pignorada que la convierta en su equivalente pecuniario mediante su ejecución forzosa, ya sea mediante procedimiento judicial o mediante el procedimiento extrajudicial previsto en el art. 1.872 CC, pues al ser el objeto de la prenda el dinero mismo, se hace innecesario determinar su valor, basta con acudir al valor que el dinero tiene reconocido para saber el alcance y extensión de la suma dineraria que es objeto de apropiación definitiva por el acreedor pignoraticio.

Por todo ello, cuando extinguido el arrendamiento el arrendador practique la liquidación del contrato y entienda que el arrendatario ha incurrido en una responsabilidad cubierta por la fianza, podrá apropiarse definitivamente de la suma dineraria entregada en garantía, sin necesidad de acudir a procedimiento de ejecución alguna. Todo ello, claro está, sin perjuicio del derecho que le asiste al

arrendatario para impugnar tanto la liquidación como la apropiación efectuadas por el arrendador ante los Tribunales ordinarios que serán los que digan la última palabra sobre la cuestión.

Cabe, finalmente, plantearse si serán posibles los pactos en virtud de los cuales las partes convengan un plazo de devolución de la fianza distinto del previsto legalmente en el art. 36.4 LAU, o mediante el cual establezcan una tasa de interés o unos requisitos para el nacimiento de la deuda de intereses, diferentes de los contemplados en dicho precepto. En principio, la imperatividad del art. 36 LAU que se deriva de lo establecido en el art. 4.^º1 LAU parece excluir el juego de la autonomía privada en este ámbito, no obstante, dado que, en definitiva, en este punto se dilucida un exclusivo interés particular, no debería descartarse la validez de ciertos pactos sobre la materia, especialmente cuando tengan por objeto mejorar la posición del arrendatario respecto de la que resulta de la regulación legal (por ejemplo, se pacta que, en caso de incumplimiento del plazo de restitución, se abonará un interés superior al legal, o se pacta un plazo de restitución más corto que el legalmente establecido). En apoyo de esta solución, podría invocarse lo dispuesto en el art. 6.^º LAU, pues, aunque en rigor, este precepto solo rige para los beneficios reconocidos al arrendatario o subarrendatario de viviendas en las normas del Título II LAU, nada impide aplicar esta misma norma por analogía a los restantes derechos reconocidos por la ley al arrendatario.

2.7. La actualización de la fianza

Al ser el arrendamiento un contrato de trácto sucesivo y haberse tomado para calcular el importe de la fianza el módulo de la cuantía de la renta (una o dos mensualidades), el art. 36.2 y 3 LAU regula un sistema de actualización de la fianza con el que, en definitiva, se pretende que siga manteniendo durante toda la vida del contrato la proporción con la renta que existía al tiempo de la celebración del contrato. La regulación legal de esta materia puede sistematizarse en las tres reglas siguientes:

- 1^a.) *Congelación de la fianza durante los cinco primeros años del contrato.* El art. 36.2 dispone al respecto que «durante los cinco primeros años de duración del contrato, la fianza no estará sujeta a actualización». Conforme a esta norma hasta que no transcurran cinco años desde el comienzo del arrendamiento la fianza no podrá sufrir variación alguna, y ello aunque el importe de la renta inicial haya experimentado una alteración, en más o en menos, en virtud de las cláusulas de estabilización pactadas por las partes.

Esta limitación, no tiene justificación alguna y carece de toda lógica. En primer lugar, porque se aplica a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda lo que choca con la libertad contractual que se reconoce para este tipo de arrendamientos. En segundo término, porque rige también para los supuestos de disminución de la renta, lo que resulta incomprensible. En todo caso, la norma parece de difícil aplicación práctica pues si bien, al hallarnos ante una norma imperativa el pacto que la contradiga es nulo (art. 6.^º3 CC), un pacto en el que se contemplase la *actualización* de la fianza inicial durante los cinco primeros años podría configurarse como una modalidad de garantía *adicional* de las permitidas en el art. 36.5 LAU, lo que conduciría a estimarlo válido, en cuanto *garantía adicional* a la fianza, pues si es válido pactar a la celebración del contrato la entrega de una cantidad superior a la prevista en el art. 36.1 LAU, no se comprende bien por qué no debe ser válido el pacto que contemple un *aumento* (o la *disminución*) de la fianza inicial aplicable cuando sufra variación el importe de la renta pactada. En definitiva, quien puede lo más (exigir una fianza superior a la prevista en el art. 36.1 LAU) debe poder también lo menos (*actualizar* la fianza inicial).

- 2^a.) *Modificabilidad de la fianza en caso de prórroga del contrato.* La regla la establece el inciso segundo del art. 36.2 LAU con las siguientes palabras: «(Pero) cada vez que el arrendamiento se prorrogue, el arrendador podrá exigir

que la fianza sea incrementada, o el arrendatario que disminuya, hasta hacerse igual a una o dos mensualidades de la renta vigente, según proceda, al tiempo de la prórroga. De los términos del precepto se infiere que para que pueda aplicarse la norma se exige que el contrato se halle en situación de prórroga.

Dado el supuesto de hecho de la norma, es decir, la prórroga del contrato, la consecuencia jurídica que se sigue es la atribución a las partes de la facultad (*«podrá exigir» dice el precepto*) para exigir la adaptación de la fianza inicial hasta hacerla igual al importe de la *«renta vigente»*, ya sea para incrementarla (el arrendador) en el caso de que la renta inicial haya experimentado una subida como consecuencia de las cláusulas de estabilización pactadas en el contrato, o bien para disminuirla (el arrendatario) cuando la revisión de la renta haya supuesto una disminución del importe de la renta mensual pactada a la celebración del contrato.

- 3º.) *Régimen aplicable a la actualización de la fianza.* La cuestión se contempla en el art. 36.3 LAU que dice lo siguiente: *«La actualización de la fianza durante el periodo de tiempo en que el plazo pactado para el arrendamiento excede de cinco años, se regirá por lo estipulado al efecto por las partes. A falta de pacto específico, lo acordado sobre actualización de la renta se presumirá querido también para la actualización de la fianza».*

No resulta fácil saber lo que se ha querido con este precepto. El primer inciso de la norma sobraba pues, evidentemente, dicho ya en el primer inciso del art. 36.2 LAU que durante los cinco primeros años del contrato no era posible la actualización de la fianza, se sobreentendía que transcurrido ese periodo de tiempo, las partes podían pactar un sistema de actualización de la fianza al que deberían ajustarse en la materia, y eso es, simplemente, lo que dice la norma. Por consiguiente, sólo el segundo inciso tiene valor normativo limitándose a establecer que, en defecto de pacto específico, el

sistema pactado para la revisión o actualización de la renta será el que rija para la actualización de la fianza. Tratando de aclarar este mandato, para lo que resulta útil tener en cuenta lo que se dispone para los supuestos de prórroga en el inciso segundo del art. 36.2 LAU, puede decirse que lo que la norma establece es que, en defecto de regulación específica de las partes, siempre que como consecuencia del sistema de actualización o de revisión de rentas pactado, la renta inicial experimente alguna variación, el importe de la fianza entregada a la celebración del contrato podrá ser modificada por las partes para hacerla igual a la cantidad que resulte como renta actualizada o *renta vigente*, al tiempo de cada actualización.

3. RELACIÓN ARRENDADOR-ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA: LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PONER (DEPOSITAR) A DISPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA EL IMPORTE DE LA FIANZA

Pero además de la función de garantía que la fianza arrendaticia tiene en la relación *inter privatos* arrendador-arrendatario, que es la que se regula en el art. 36 LAU, la fianza cumple una función financiera dirigida a la obtención de ingresos públicos con los que atender –en las propias palabras del Preámbulo de la LAU– *«las políticas autonómicas de vivienda»*, y que es la contemplada en la DA 3.^a LAU.

Esta dimensión pública de la fianza, que se instaura en nuestro ordenamiento con la Ley de 19 de abril de 1939, y que se regulaba en el Decreto de 11 de marzo de 1949 fue, precisamente, el *leit motiv* de la regulación de la fianza en la actual LAU, pues, a nadie se le escapa, que si en la vigente LAU la fianza tiene carácter obligatorio y debe exigirse y prestarse de forma imperativa (art. 4.^º.1 LAU) en todos los arrendamientos urbanos y no sólo en los arrendamientos de vivienda, ello es debido a la voluntad expresada del legislador de que las Comunidades Autónomas no

perdieran los importantes fondos que el depósito obligatorio del importe de las fianzas arrendaticias que la legislación derogada exigía a los arrendadores reportaba a las Administraciones Autonómicas. Así lo reconoce sin ningún tipo de pudor el propio Preámbulo de la Ley con estas elocuentes palabras:

«La fianza arrendaticia mantiene su carácter obligatorio, tanto en vivienda como en uso distinto, fijándose su cuantía en una o dos mensualidades de renta, según sea el arrendamiento de vivienda o de uso distinto. Al mismo tiempo se permite a las Comunidades Autónomas con competencia 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».

La naturaleza jurídica y el significado de este *depósito obligatorio* que la DA 3.^a LAU regula, exige distinguir las dos vertientes o planos desde las que puede estudiarse la materia, a saber: el contenido y efectos de la obligación legal de poner (depositar) a disposición de la Administración Pública Autonómica el importe de la fianza, y el alcance y contenido de la potestad que se reconoce a las Comunidades Autónomas para establecer y exigir esta obligación legal.

3.1. La obligación de depósito de la fianza arrendaticia

Tal y como resulta de la regulación conjunta del art. 36 y de la DA 3.^a LAU, la obligación legal de poner (depositar) a disposición de la Administración Pública Autonómica el importe de las fianzas arrendaticias, ofrece la naturaleza y el contenido que se señala en los siguientes epígrafes.

3.1.1. Su naturaleza jurídica

La primera cuestión que plantea la obligación legal de poner (depositar) el

importe de la fianza a disposición de la Administración Pública Autonómica que se establece en la DA 3.^a LAU es la de su propia naturaleza jurídica. Pese a que la DA 3.^a LAU habla de *depósito*, al igual que ya hacían la Ley de 19 de abril de 1939 y el Decreto de 11 de marzo de 1949, no está claro que nos hallemos ante un supuesto de depósito en el sentido que esta calificación tiene en el Derecho Privado.

En todo caso, dado que lo que es objeto de *depósito* es el metálico de la fianza, es decir, una suma dineraria, nos hallaríamos ante un supuesto de depósito irregular pues el depositario (Administración Pública Autonómica o el ente público que ésta designe al efecto), no está obligado a custodiar las mismas monedas o billetes recibidos para luego restituirlas al finalizar el depósito, sino que al ser el dinero un bien fungible (el bien fungible por autonomásia), el depositario adquiere la propiedad de la suma dineraria entregada desde el primer momento, con lo que desaparece la obligación de custodia, quedando obligado exclusivamente a la restitución del tantumdem.

Sin embargo, aun calificado el supuesto como un depósito irregular nos encontramos con dos preceptos del Código Civil que hacen difícil esta calificación. Así, por un lado, el art. 1.767 dispone que: «*El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante. / En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios*». Por su parte, el art. 1.768 establece 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 comoánato. / El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia*».

La existencia de estos preceptos ha planteado a la doctrina el problema de decidir, ante un supuesto de entrega de dinero que luego debe ser restituido, si debemos calificarlo como depósito (irregular) o como mutuo o préstamo. No es este el momento de examinar con detalle todas las teorías que se han propuesto para resolver esta cuestión. Baste por ello con decir que en la actualidad la doctrina parece coincidir en la idea de que, cuando la entrega de una suma dineraria se hace con finalidad de custodia, es decir, en utilidad

del que la realiza, el supuesto debe calificarse como depósito. Por contra, cuando la suma dineraria no se entrega para asegurar su custodia sino para proporcionar una utilidad o beneficio al que la recibe, el supuesto cae dentro de la órbita del préstamo (arts. 1.740 y 1.753).

Si aplicamos estos criterios al supuesto legal que nos ocupa, pese a los términos que se emplean en los textos legales, existen serios reparos para calificarlo como depósito (irregular). Cuando el arrendador pone a disposición de la Administración Pública Autonómica o del ente público que ésta haya establecido al efecto el importe de la fianza, no lo hace para asegurarse su custodia, como cuando depositamos nuestro dinero en el Banco, con la finalidad de ponerlo a buen recaudo en atención a la seguridad y la solvencia que nos merece la entidad bancaria. Por el contrario, el arrendador realiza la consignación del importe de la fianza para cumplir una obligación legal y en el exclusivo interés y beneficio de la Administración Pública que lo recibe, pues, según las propias palabras del Preámbulo de la LAU, destinara los fondos procedentes de las fianzas a la financiación de sus propias políticas de vivienda. Además, en el depósito, al constituirse en interés del depositante, lo natural es que la obligación de restitución nazca cuando lo pida el depositante (arts. 1.766 y 1.775), sin embargo, en el supuesto de la DA 3.^a LAU, la cantidad ingresada (depositada) sólo deberá ser restituida tras la «extinción del correspondiente contrato» de arrendamiento.

Por todo ello, habida cuenta de que la consignación del importe de la fianza se realiza en el exclusivo interés o utilidad de la Administración Autonómica, y que para el arrendador falta la finalidad de custodia y de beneficio (objetivamente, le perjudica el hecho de tener que desprenderse de forma gratuita de una suma que tiene en su poder), es obligado, si no se quiere desvirtuar la naturaleza de las cosas, calificar el supuesto como un préstamo gratuito o sin interés y no como un depósito necesario (art. 1.781-1.^º), por mucho que el pudor del legislador califique la obligación contemplada en la DA 3.^a LAU como un depósito. Que el propio legislador no tenía buena conciencia de que lo que se estaba

estableciendo era un depósito, lo demuestra la propia afirmación de la ley cuando dice que el depósito que se impone a los arrendadores se efectuará «sin devengo de interés», lo que, si nos colocamos en el ámbito del depósito era absolutamente innecesario al ser el depósito por naturaleza gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1.760), y aunque también es cierto que en el préstamo los intereses solo se deben si se pactan (art. 1.755), la extendida conciencia social actual de que la disposición de fondos ajenos para la propia utilidad y provecho no debe ser gratuita, obligaba sin duda a la precisión que la ley hace.

Con todo, para no despistar al lector seguiremos hablando de depósito para referirnos a la consignación obligatoria que se regula en la DA 3.^a LAU, pero con la salvedad que dejamos señalada sobre su verdadera naturaleza jurídica.

3.1.2. Nacimiento, sujetos y objeto de la obligación de depósito

Como obligación legal que es, la obligación de poner (depositar) a disposición de la Administración Pública Autonómica el importe de la fianza nace *ipso iure* por la sola circunstancia de realizarse el supuesto de hecho que el art. 36.1 LAU contempla. En consecuencia, bastará con que se celebre un contrato de arrendamiento sujeto a la LAU en el que, conforme al citado art. 36.1 LAU, sea obligatoria la exigencia y prestación de fianza, en los términos ya estudiados, para que nazca la obligación del arrendador de efectuar el ingreso o depósito (préstamo) de su importe, si la Comunidad Autónoma ha establecido su obligatoriedad.

Como en toda obligación patrimonial, la obligación de depósito (préstamo) que se regula en la DA 3.^a LAU tiene dos sujetos bien diferenciados que la propia norma se encarga de señalar, que son, de una parte, el acreedor o la persona legitimada para exigirla, que será la Administración Pública Autonómica o el ente público que dicha Comunidad Autónoma haya designado para recibir las fianzas, y de otra, el deudor o la persona obligada a efectuar el depósito, que es el arrendador.

Aunque la DA 3.^a LAU habla simplemente de «Administración

autonómica o ente público que se designe, sin mayores precisiones, no cabe ninguna duda de que el acreedor de la obligación que nos ocupa lo será sólo la Comunidad Autónoma (o el ente público que ésta haya designado) en cuyo territorio esté situada la finca objeto del contrato de arrendamiento cuya celebración hace nacer la obligación de depósito, pues lo que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia para exigir el importe de las fianzas no es la vecindad o regionalidad civil o administrativa de los contratantes, sino el lugar donde se sitúe la finca objeto del contrato de arrendamiento (*lex rei sitae*) (Cfr. arts. 4.º.1, 36 y 38 LAU y arts. 10.5 II y 16.1 CC).

Por lo que se refiere a la persona del deudor, debe precisarse que el obligado a cumplir la obligación o la prestación patrimonial que la ley establece en favor de las Administraciones Autonómicas es únicamente el arrendador. Así lo dice expresamente en la DA 3.ª LAU que menciona exclusivamente «*a los arrendadores de finca urbana sujetos a la presente ley*». Con ello la ley manifiestamente excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan convertir en sujetos obligados al depósito a los arrendatarios. Además, como ya vimos en su momento, el arrendador estará obligado a efectuar el depósito de la fianza aunque haya renunciado a exigírsela al arrendatario o, simplemente, no la haya recibido de éste. Esta cuestión es ajena a la Administración y deberá ventilarse entre las partes contractuales.

Finalmente, el objeto de la obligación de depósito lo fija la DA 3.ª LAU de una manera muy precisa al decirnos que consiste en «*el importe de la fianza regulada en el art. 36.1 de esta ley*». Con arreglo a ello, sólo puede ser objeto de depósito el importe de una mensualidad de renta, si nos hallamos ante un arrendamiento de vivienda, o de dos mensualidades, si se trata de un arrendamiento para uso distinto del de vivienda (4). En consecuencia, aunque en el contrato las partes hayan pactado una fianza de cuantía superior a la prevista en

el art. 36.1 LAU, lo que será objeto de depósito será exclusivamente la cuantía marcada por el citado precepto. A esta conclusión se llega por la propia redacción de la DA 3.ª LAU, que habla del importe de la fianza «*regulada en el art. 36.1 de esta ley*», lo que excluye las garantías adicionales del art. 36.5 LAU, y el apartamiento en este punto de los Proyectos de Ley de 1992 y de 1994, que referían el objeto de la obligación de depósito de los arrendadores al «*importe de la fianza que exijan a los arrendatarios*».

Cabe cuestionarse si, en caso de actualización, deberá también adaptarse la obligación de depósito a lo que resulte de ella. No está clara la solución que deba adoptarse en este caso, pero nos inclinamos por la solución negativa en el sentido de que lo único que debe ser objeto de depósito es el importe de la fianza inicial y no las cantidades superiores que procedan de la actualización (cuando esta suponga, como será lo normal, un aumento de la fianza). A esta solución llegamos por la propia redacción de la DA 3.ª LAU que se remite al art. 36.1 LAU, con lo que la actualización de la fianza, que se regula en el art. 36.2 y 3 LAU, estaría fuera de la norma.

3.1.3. La restitución del depósito: objeto, tiempo y efectos del retraso

Cualquiera que sea la calificación que se atribuya a la obligación que tiene el arrendador de poner a disposición de la Administración Autonómica el importe de la fianza, la propia DA 3.ª LAU nos dice que esta obligación subsiste «*hasta la extinción del correspondiente contrato*», por lo que una vez finalizado el arrendamiento procede la devolución de la cantidad depositada. Esta obligación de restitución, por otra parte, existiría aunque no se reconociera expresamente en la LAU conforme a las reglas generales del depósito (arts. 1.758 y 1.775), o del préstamo (arts. 1.740 y 1.753).

En todo caso, ya se califique como un depósito irregular o como un préstamo, al ser sin interés, como expresamente señala la ley, lo que debe ser objeto de la restitución es únicamente la misma cantidad de dinero entregada, es decir, el tantumdem de lo recibido.

(4) Cuando se trate de un arrendamiento de temporada, véase lo que se dice al estudiar la cuantía de la fianza.

En cuanto al tiempo de la restitución, si bien el depósito (préstamo) dura «*hasta la extinción del correspondiente contrato*» de arrendamiento, momento a partir del cual el arrendador puede exigir la restitución de la fianza depositada, la ley establece que «*Si transcurrido un mes desde la finalización del contrato, la Administración autonómica o el ente público competente no procediere a la devolución de la cantidad depositada, ésta devengara el interés legal correspondiente*».

Pese a lo desafortunado de la redacción legal, debe hacerse una interpretación correctora de la norma que situé el tiempo de la restitución en el mes siguiente a la fecha en que el arrendador, una vez extinguida la relación contractual, ponga de manifiesto a la Administración la «*finalización del contrato*» y solicite la devolución de la fianza depositada. En otro caso, se llegaría a la absurda conclusión de que transcurrido un mes desde la finalización del contrato sin que la Administración hubiera efectuado la devolución de la fianza, haya sido o no solicitada por el arrendador, surgiría automáticamente la obligación de pagar los intereses que la norma establece, lo cual evidentemente no puede aceptarse.

Fijado, por tanto, el tiempo de la restitución en el mes siguiente a la solicitud de devolución del arrendador, efectuada una vez extinguida la relación contractual, si la Administración no cumple su obligación de restitución la ley la sanciona con la obligación de pagar intereses moratorios en la tasa del interés legal.

La principal cuestión que plantean estos intereses moratorios que la ley establece en favor del arrendador, en paralelo a lo previsto en favor del arrendatario en el art. 36.5 LAU, es la de si cuando el retraso del arrendador en la devolución de la fianza al arrendatario esté motivada por el retraso de la Administración en restituir el importe de la misma al arrendador, éste podrá invocar esta circunstancia para exonerarse de la obligación de intereses que le impone el art. 36.5 LAU. La cuestión no es baladí si se tiene en cuenta que tal como funciona la Administración, en la práctica, la percepción de los intereses previstos en la DA 3.^a LAU puede resultar difícil y tardía.

3.2. La potestad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir la obligación de los arrendadores de poner (depositar) a su disposición el importe de las fianzas

La precisión del alcance y contenido de la potestad que la DA 3.^a LAU reconoce a las Comunidades Autónomas para establecer y exigir a los arrendadores la obligación de poner (depositar) a su disposición el importe de las fianzas arrendatarias, exige examinar algunas cuestiones de nuestro ordenamiento jurídico-público y constitucional que desarrollaremos en los siguientes apartados.

3.2.1. Su configuración como una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria. Consecuencias constitucionales de esta calificación

A nadie se le escapa que la obligación de poner (depositar) a disposición de las Administraciones Públicas Autonómicas el importe de las fianzas que se contempla en la DA 3.^a LAU, se establece por las Comunidades Autónomas sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a cumplirla, pues se impone al arrendador de forma coactiva y sin que pueda eludir la obligación que se establece unilateralmente por el poder público, que le constríñe al cumplimiento de la obligación por el mero hecho de la celebración del contrato de arrendamiento, con independencia o al margen de cuál sea su voluntad al respecto. Desde esta perspectiva, es evidente que nos hallamos ante una genuina prestación patrimonial de carácter público que, conforme al art. 31.3 CE, sólo puede establecerse «*con arreglo a la ley*», es decir, que queda cubierta por el principio de reserva de ley que este precepto constitucional consagra como garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (SSTC 185/1995, FJ 3.^º y 182/1997, FJ 15).

Sentado que estamos en presencia de una prestación patrimonial de carácter público, debemos preguntarnos ahora si además constituye una figura tributaria, puesto que si bien la prestación patrimonial y el tributo

pertenecen al género de los ingresos públicos de Derecho Público, y desde la perspectiva constitucional el tributo es una prestación patrimonial de carácter público, una interpretación sistemática de la Constitución «lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión tributos del art. 133.1 CE y la más genérica de prestaciones patrimoniales de carácter público del art. 31.3 CE» (SSTC 185/1995, FJ 3.^º y 182/1997, FJ 15).

La circunstancia de que los fondos obtenidos mediante el depósito obligatorio del importe de las fianzas arrendaticias se destinen –como se declara en el propio Preámbulo de la LAU– a la financiación de las políticas autonómicas de vivienda, y por tanto, vayan dirigidos «al sostenimiento de los gastos públicos» (art. 31.1 CE), permite afirmar que nos hallamos ante unos ingresos de naturaleza tributaria, si bien la singularidad determinada por el hecho de que no se trata de unos ingresos o exacciones públicas *definitivas* ya que son objeto de devolución al concluir el arrendamiento, desdibuja un tanto este carácter.

Tratándose de unos ingresos públicos de naturaleza tributaria, debemos analizar si su configuración legal respeta los principios constitucionales de *capacidad económica, igualdad y carácter no confiscatorio* que el art. 31.1 CE predica del sistema tributario.

Por lo que se refiere al principio de capacidad económica, la regulación legal se ajusta al art. 31.1 CE. La prestación que se impone al arrendador atiende a la riqueza efectiva que este contratante obtiene por el hecho de la celebración del contrato de arrendamiento, riqueza que además sólo es gravada en una parte de la ganancia obtenida, pues lo que es objeto de la prestación pública es exclusivamente el importe de una o dos mensualidades de renta (de la fianza prestada en esta cuantía por el arrendatario).

(5) Al gravarse al arrendador con una prestación patrimonial (tributo) superior a la riqueza realmente obtenida con la celebración del contrato de arrendamiento de temporada, se infringe el art. 31.3 CE. En este sentido, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con el principio de capacidad económica exigido en el art. 31.1 CE, que la capacidad económica a los efectos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, significa una exigencia lógica (del sistema tributario) que obliga a buscar la riqueza donde la riqueza se encuentra (SSTC 27/1981,

El principio de igualdad también se respeta ya que la prestación patrimonial se impone a todos los sujetos (arrendadores) que realicen el supuesto de hecho que genera la obligación de depósito (celebración del contrato de arrendamiento).

Asimismo, se satisface la exigencia constitucional de no tener carácter confiscatorio, puesto que el importe que es objeto de depósito necesario será restituido en su integridad al finalizar la relación arrendaticia.

La regulación legal, sin embargo, contempla un supuesto, el *arrendamiento de temporada* (art. 3.^º.2 LAU), que al configurarse por la ley como un arrendamiento para uso distinto del de vivienda, obliga a exigir y prestar una fianza en el importe de dos mensualidades de renta (art. 36.1 LAU), por lo que la obligación de depósito se extiende igualmente a estas dos mensualidades de renta. Esta exigencia legal, a nuestro juicio, resulta inconstitucional por infringir los principios de capacidad económica y de carácter no confiscatorio que se establecen en el art. 31.1 CE. Piénsese que si se aplicase en todo su rigor lo dispuesto en el art. 36.1 y la DA 3.^a LAU, por ejemplo, en un arrendamiento de temporada de quince días, el arrendatario tendría que prestar una fianza cuatro veces superior a lo que deberá pagar por el alquiler, e igualmente el arrendador se vería obligado a efectuar un depósito superior a la riqueza realmente obtenida con el contrato de arrendamiento (5). Lo absurdo de la regulación legal obliga a buscar interpretaciones que adegúen la exigencia legal a la realidad económica en presencia. En este punto, resulta interesante la inteligente solución adoptada por la Ley 13/1996, de 29 de julio, del Parlamento Catalán, sobre registro y depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas, que tratando de adaptar la legislación autonómica sobre la

150/1990, 221/1992), por lo que aunque basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquél principio constitucional quede a salvo (SSTC 37/1987, 221/1992), la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia (STC 221/1992, FJ 4.^º).

materia a la nueva LAU, dispone que en los arrendamientos de temporada, la cuantía de dos mensualidades de renta que exige el art. 36.1 LAU se entiende referida al periodo de un año, por lo que el importe de la fianza debe ser proporcional a la duración del contrato con arreglo a la citada proporción.

La consecuencia inmediata que se extrae de la calificación del depósito obligatorio de la fianza como una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria es que, conforme a los arts. 31.3 y 133.1 CE, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, sólo por ley que configure o determine sus elementos esenciales (sujeto obligado, objeto de la obligación, hecho que la hace nacer y hecho que determina el derecho a la devolución), pueden los poderes públicos imponer a los arrendadores la obligación de poner (depositar) el importe de las fianzas a disposición de la Administración Pública (Estatal o Autonómica). Desde esta óptica, es clara la virtualidad de la DA 3.^a LAU: dar cobertura legal al depósito obligatorio de las fianzas, permitiendo, de este modo, que las Comunidades Autónomas puedan exigir esta prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria, sin necesidad de acudir a una norma con rango de ley.

3.2.2. Contenido y límites de la competencia autonómica

Otra de las cuestiones esenciales que deben resolverse en relación con el tema que nos ocupa, es la de si la potestad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir el depósito obligatorio de las fianzas arrendaticias, es una potestad que halla su apoyo constitucional en una competencia propia de las Comunidades Autónomas (cuyo título competencial sería la competencia que en materia de *vivienda* tienen atribuidas, en la actualidad, todas las Comunidades Autónomas, incluidas las Ciudades de Ceuta y Melilla), o, por el contrario, esta potestad debe conectarse con la competencia exclusiva del Estado que, en materia de «*legislación civil*», le atribuye el art. 149.1-8.^a CE, y que inequívocamente se extiende a la regulación de la materia «*arrendamientos urbanos*».

Como se sabe, para determinar si una materia es competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas habrá de estarse a lo que se establezca en la Constitución y en los respectivos Estatutos de Autonomía, por ello, la afirmación que se contiene en la Disposición Final 1.^a LAU, según la cual «*La presente ley se dicta al amparo del art. 149.1.8.^a de la Constitución*», no es decisiva. Este tipo de declaraciones legales, que tienen una evidente importancia en la medida en que permiten conocer directamente el título competencial invocado por el Estado o por las Comunidades Autónomas en virtud del cual ejercen su respectiva potestad legislativa, no tienen en sí mismas virtualidad jurídica para convertir una materia en competencia estatal o autonómica, cuestión que, como decimos, deberá resolverse a la luz de lo establecido en la Constitución y en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Teniendo presente lo que se acaba de señalar, al margen de lo que se diga en la Disposición Final 1.^a LAU, debe afirmarse que el sector del ordenamiento jurídico que conocemos como «*arrendamientos urbanos*», con el contenido que tradicionalmente ha tenido en nuestra legislación civil especial o extracodicial esta materia, constituye un supuesto de «*legislación civil*» que, conforme al art. 149.1-8.^a CE, es de la competencia exclusiva del Estado, por lo que las Comunidades Autónomas (incluidas las Comunidades Autónomas con «*Derechos Forales o Especiales*»), no pueden legislar sobre este sector del ordenamiento jurídico-privado (6). La misma competencia legislativa del Estado puede apoyarse también en el art. 149.1-6.^a CE («*legislación procesal*»), respecto de las normas de carácter procesal que en la LAU se contienen sobre la materia.

En consecuencia, toda actuación legislativa de las Comunidades Autónomas que afecte al régimen jurídico-civil del contrato de arrendamiento de fincas urbanas (en el sentido que este concepto tiene en la legislación de arrendamientos urbanos), introduciendo un *novum* en la reglamentación contractual, es decir,

(6) La STS de 13 de junio de 1983 (Ar. 3523) estimó que la competencia legislativa en tema de Arrendamientos Urbanos es exclusiva del Estado, con arreglo al art. 149.1-8.^a CE.

estableciendo derechos y obligaciones para las partes distintas o con un contenido diferente del que resulta de la regulación estatal de la relación arrendaticia privada o civil, constituida en la actualidad por la vigente LAU (Ley 29/1994), debe considerarse inconstitucional por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de «legislación civil» (art. 149.1-8.^a CE).

Así planteadas las cosas, la cuestión que debemos determinar ahora es si las normas que regulan el depósito obligatorio de la fianza, tienen el carácter de «legislación civil», por incidir en el régimen civil o jurídico-privado del contrato de arrendamiento, por lo que sólo al Estado le corresponde la competencia para dictarlas al amparo del art. 149.1-8.^a CE, o, por el contrario, la regulación del depósito de la fianza que se impone al arrendador, es una materia que no afecta, en puridad, al sistema de derechos y obligaciones que en la relación *inter privatos* conforman el régimen jurídico-civil del contrato de arrendamiento, por lo que podría ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas con apoyo en la competencia que en materia de vivienda tienen atribuida en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Si se atiende al sistema de la LAU, especialmente a lo que se establece en la DA 3.^a LAU, y a lo que se dice en el apartado 4 del Preámbulo de la Ley, podría afirmarse que para el legislador la obligación del arrendador de poner (depositar) a disposición de la Administración Autonómica el importe de las fianzas arrendaticias, es una obligación legal de carácter jurídico-público que se establece *con ocasión* de la existencia o de la celebración de un contrato de arrendamiento urbano. Se trata de una prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria, puesto que los ingresos públicos que se obtienen con ella van dirigidos al sostenimiento de los gastos públicos derivados de las políticas autonómicas de vivienda, que se impone coactivamente a cargo del arrendador *en atención* a la existencia de un contrato civil, pero que no afecta propiamente al régimen jurídico-privado de este contrato civil. El contrato civil es, simplemente, un presupuesto para que pueda actuar la competencia autonómica propia en virtud de

la cual se establece la prestación pública de depósito de la fianza, que se desarrolla, sin embargo, exclusivamente en la relación arrendador-Administración Pública Autonómica sin que quede afectada la relación *inter privatos* arrendador-arrendatario que configura la legislación civil del Estado. El título competencial por el cual las Comunidades Autónomas pueden establecer y exigir el depósito obligatorio es la competencia que tienen atribuida en materia de vivienda. Este título competencial, que estaba expresamente citado en el tenor literal de la DA 3.^a del Proyecto de Ley, debió resultar tan obvio para el legislador que su referencia fue eliminada en el texto definitivo de la DA 3.^a LAU, aunque se recoge hoy en el apartado 4 del Preámbulo de la Ley.

Admitido que el depósito de la fianza es una materia que corresponde a las Comunidades Autónomas, por razón de la competencia que en materia de vivienda tienen estatutariamente asumida, a renglón seguido debemos decir algo que parece obvio, pero que resulta necesario recordar. El depósito de la fianza es un *posteriorius* que encuentra su justificación en una realidad previa: la existencia de una fianza obligatoria. Si no existiera la obligación legal previa (del arrendador) de exigir y (del arrendatario) de prestar la fianza, difícilmente podría imponerse al arrendador la obligación de depositar su importe en la Administración Pública Autonómica. De este modo, vemos como fianza arrendaticia obligatoria y depósito autonómico de la fianza, son dos realidades que actúan unidas inseparablemente. Basta una mirada al *iter* parlamentario de gestación de la LAU para comprobar la veracidad de esta afirmación sin ningún género de duda razonable.

Si esto es así, no parece que pueda configurarse una obligación de depósito de la fianza al margen de la regulación de la fianza obligatoria. En otras palabras, decidir qué contratos determinan la obligación de depósito de la fianza, cuál debe ser la cuantía máxima del depósito, y quiénes deben ser las personas obligadas a efectuar el depósito de la fianza, es una materia que, se diga lo que se diga, afecta al régimen civil de derechos y obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento, por lo que estamos ante una

materia de arrendamientos urbanos, que indiscutiblemente corresponde al legislador estatal decidir. A las Comunidades Autónomas les corresponde, por consiguiente, un amplio margen de maniobra a la hora de configurar la obligación de depósito obligatorio del importe de las fianzas arrendatarias, que pasa incluso por la libertad para decidir si exigirán o no el depósito a los arrendadores, pero nunca puede suponer una competencia para exigir la prestación de fianza a personas o en supuestos (contratos) que la Ley estatal no contempla, o en cuantía superior a la prevista por la LAU.

En este contexto, puede concluirse que si bien la DA 3.^a LAU no atribuye a las Comunidades Autónomas ninguna competencia que antes no tuvieran ya atribuida por sus respectivos Estatutos de Autonomía, ni la Disposición Final 1.^a LAU puede convertir en competencia estatal una materia que no fuera ya competencia del Estado, la virtualidad de ambas disposiciones legales no es otra que recordar que la competencia que en materia de vivienda tienen las Comunidades Autónomas, no es absoluta cuando se trata de establecer el régimen del depósito obligatorio de la fianza, pues en esta materia necesariamente deberán atender a la regulación estatal de la fianza, presupuesto necesario del que deben partir para configurar la regulación autonómica. En este punto, por consiguiente, la determinación de la persona obligada a efectuar el depósito (el arrendador), la cuantía máxima del depósito (una o dos mensualidades de renta), y los contratos que generan la obligación de efectuar el depósito de la fianza, sólo pueden ser los que la ley civil estatal (LAU) haya establecido. En todo lo demás, incluida la propia decisión de establecer la obligatoriedad del depósito de la fianza, el modo de gestionar el depósito, las sanciones a imponer al que incumpla la obligación, etc., la competencia de las Comunidades Autónomas es plena.

3.2.3. Forma de ejercicio de la potestad autonómica

Lo primero que debe señalarse en relación con la potestad reconocida a las

Comunidades Autónomas para establecer y exigir al arrendador el depósito obligatorio de las fianzas, es que se trata de una potestad que no es de ejercicio necesario para las Comunidades Autónomas. Aunque no era preciso decirlo, el propio tenor literal de la DA 3.^a LAU lo corrobora cuando dice que las Comunidades Autónomas «podrán establecer» esta obligación legal. Por consiguiente, las Comunidades Autónomas son libres tanto para establecer y exigir en su territorio el depósito obligatorio de las fianzas, como para exonerar a los arrendadores de esta obligación legal. Pese a ello, lo cierto es que en la práctica, y con anterioridad a la entrada en vigor de la LAU, todas las Comunidades Autónomas venían exigiendo el depósito de las fianzas ya sea de conformidad con el viejo Decreto de 11 de marzo de 1949, o según su propia legislación autonómica establecida al efecto, y así lo siguen haciendo tras la nueva LAU, bien conforme a la legislación anterior o bien con arreglo a las nuevas disposiciones dictadas al respecto tras la ley 29/1994. La propia LAU era consciente de esta circunstancia y en atención a ella supeditó la derogación del Decreto de 11 de marzo de 1949, en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, a que la Comunidad Autónoma dicte las disposiciones sobre la materia que vengan a sustituir a la legislación estatal constituida por el citado Decreto de 1949 (DDU LAU).

Aunque, como ya hemos dicho, el establecimiento de la prestación patrimonial de carácter público y de naturaleza tributaria en que consiste la obligación de depósito del importe de las fianzas, está sujeta a la reserva de ley prevista en el art. 31.3 CE, el contenido de la DA 3.^a y la Disposición Derogatoria Única LAU, según la cual la derogación expresa del Decreto de fianzas de 11 de marzo de 1949 que se establece, sólo «producirá sus efectos en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma cuando se dicten las disposiciones a que se refiere la disposición adicional tercera de la presente ley», permiten sostener que las Comunidades Autónomas pueden establecer y regular las condiciones de exigencia de dicha prestación patrimonial sin necesidad de tener que dictar una norma con rango de ley, e incluso, sin necesidad de dictar regulación

específica alguna de carácter reglamentario, pues, en tanto cada Comunidad Autónoma no dicte la reglamentación ad hoc sobre la materia, ésta se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el Decreto de 11 de marzo de 1949, o por las disposiciones autonómicas dictadas con anterioridad a la vigencia de la ley 29/1994, que vinieron en cada Comunidad Autónoma a sustituir o complementar el régimen establecido en este viejo Decreto de fianzas, pero siempre que se ajusten al nuevo régimen civil de la fianza obligatoria establecido ahora en el art. 36.1 LAU, al que se remite expresamente la DA 3.^a LAU.

Ahora bien, toda norma autonómica que venga a innovar el régimen jurídico anterior deberá tener rango legal. Sólo cuando la regulación autonómica se limite a reproducir las normas anteriores, teniendo por objeto una mera refundición o

sistematización de las normas preexistentes o, simplemente, tenga por objeto la adaptación de estas normas al nuevo régimen legal que se deriva de lo previsto ahora en el art. 36.1 LAU y la DA 3.^a LAU, será posible acudir al Reglamento. En todo caso, a la reserva de ley que deriva del art. 31.3 CE se superpone la que procede del art. 25.1 CE en lo que se refiere al régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de la obligación de depósito. En esta materia la reserva de ley actuará con todo su rigor, impidiendo que la norma autonómica con rango inferior a la ley, pueda tipificar infracciones o establecer sanciones que no estuvieran ya establecidas en la regulación preconstitucional (SSTC 11/1981, 83/1984, 42/1987, 305/1993, 6/1994, 26/1994, 45/1994, 97/1994, entre otras muchas), es decir, en el Decreto de 11 de marzo de 1949 sobre fianzas (7).

(7) Las SSTS (Sala 3.^a) de 13 de julio de 1992 (Ar. 6223) y de 27 de enero de 1993 (Ar. 420) aceptan la conformidad con el art. 25.1 CE del régimen de infracciones y sanciones previsto

en el Decreto de 11 de marzo de 1949, al encontrar su justificación en la exigibilidad de la fianza que se establecía en el art. 105 TRLAU de 1964.