

dentro del sistema del Código de Napoleón la expresión "principal establecimiento" o "asiento principal", traduce a la vez dos ideas: la de vivienda ordinaria y la de principal centro de negocios; en otros términos, que el domicilio del artículo 102 coincide con bastante frecuencia con la residencia continua y permanente con el hogar (Domus), pero no siempre: es posible que un individuo poseedor de una sola domus, de un solo techo familiar tenga, no obstante, domicilio en otra parte como es el caso del comerciante, del industrial que habita con su familia en una localidad distinta de aquella en que se encuentra su centro comercial, su fábrica; para él es principal establecimiento dicho centro comercial o industrial. "La casa en que se encuentra situado su hogar no es más que una residencia, fija y permanente, sin duda, pero que no responde a la definición del artículo 102, porque no tiene más que un valor de segundo plano" (5).

Además los intérpretes han entendido que la palabra "establecimiento" no tiene un sentido preciso y rigurosamente determinado; no designa propiamente el lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión, una casa de comercio, pues el infante por ejemplo tiene un domicilio aunque no posee establecimiento en el sentido usual de la palabra; el establecimiento no otra cosa significa sino el interés, de cualquier naturaleza que sea, interés de familia, de propiedad, de funciones, que ata la persona a cierto lugar, y es principal, cuando es tal que ata a un lugar de preferencia a todo otro (6).

Aunque el artículo 102 del Código francés no hace referencia al concepto de residencia ni parece tener en cuenta ningún factor psicológico, tales concepto y factor aparecen claramente exigidos por el artículo 103 que contempla el caso del cambio de domicilio, el cual se opera por el hecho de una habitación real en otro lugar unida a la intención de fijar en él su principal establecimiento; cosa semejante ocurre en el Código italiano (7).

De tal manera que dos elementos se requieren como para la posesión, al decir de BAUDRY LACANTINERIE (8), materia con la cual presenta más de una analogía: el hecho y la intención. Se advierte aquí claramente la influencia de los antiguos autores y, a través de ellos, del Derecho romano. *domicilium re et factum transfertur non nuda contestatione*; por ello decía POTHIER para hacer resaltar la importancia del elemento intencional que "no es siempre necesario que una persona tenga actualmente una morada en un lugar para que ese lugar sea el de su domicilio; porque una persona no puede, en verdad, establecer su domicilio en un lugar sino "ánimo et facto", fijando allí una morada: pero el domicilio una vez establecido en un lugar, puede retenerse en él "ánimo solo" (9).

Vimos como SAVIGNY, siguiendo los textos romanos expresa que la residencia que no está acompañada de la intención actual

de fijeza y perpetuidad no constituye domicilio, aunque tal residencia se prolongue por largo tiempo, como en el caso de los estudiantes en el lugar donde hacen sus estudios; según una ley de Adriano, tal residencia para que pudiera considerarse constante y, por consiguiente, como domicilio, debía durar al menos diez años, lapso que según LAUTERBACH (10) hace presumir la voluntad de establecerse de una manera definitiva.

Nuestro Código es aún más explícito que el francés en punto a la intención de fijeza, como claramente expresa el artículo 76 conforme al cual: "el domicilio consiste en la residencia acompañada real o persuntivamente del ánimo de permanecer en ella".

Con base en las disposiciones citadas que recogen claramente el concepto romano, se ha considerado que los elementos constitutivos del domicilio son dos: uno objetivo y otro subjetivo. El **elemento objetivo** o **material** consiste en la residencia, en la radicación del individuo en un lugar, que supone la existencia de ciertos vínculos que a él lo unen por razón del ejercicio de sus derechos, de su actividad o de sus relaciones de familia; el **elemento subjetivo** consiste en la intención, esto es, la persistencia en el propósito de mantener en ese lugar a que se refieren las relaciones objetivas, por término indefinido —aunque no perpetuo, pues no excluye el cambio posterior—, el centro afectivo, jurídico o económico.

El domicilio supone, pues, un elemento objetivo, material, constituido por la residencia y un elemento subjetivo, intelectual constituido por la intención. No basta la residencia ni es suficiente la intención de residir en un determinado lugar; es indispensable la reunión de los dos elementos y cuando tal ocurre, el lugar de la residencia es el domicilio.

Cuando falta el elemento subjetivo la doctrina unánimemente considera que el lugar donde habita la persona es una simple residencia y aún se habla de "habitación". En general los autores convienen en distinguir tres estados o situaciones de la persona con relación a un lugar determinado: domicilio, residencia y habitación. Con todo, algunos autores como MONTARA y COVIELLO (11) estiman que es merecedora de censura la distinción de domicilio y residencia, "como que además de no responder a ninguna exigencia teórica, es prácticamente una fuente de incertidumbres, errores y confusiones; por lo que son dignos de alabanza los Códigos civiles de Alemania, párrafo 7, y de Suiza, Art. 23, que no la acogieron, considerando el domicilio como el lugar donde habitualmente se mora".

Considérase la **residencia** como la sede real, la sede de hecho de alguna persona (12), el lugar donde habitualmente vive, o el lugar, —como expresa PLANIOL (13)— donde una persona fija por un tiempo su habitación; puede coincidir con el domicilio o puede ha-

llarse en otro lugar; así se dice de la persona que vive y trabaja en Medellín y que durante los meses de Diciembre y Enero se traslada a la Ceja, que durante la mayor parte del año tiene su domicilio y residencia en Medellín, pero en los meses citados su residencia es la Ceja y su domicilio Medellín.

Por **habitación** se entiende la sede accidental de la persona (14) o el asiento ocasional y esencialmente transitorio de la misma; guarda por consiguiente una diferencia de grado con la residencia; este es el lugar donde habitualmente vive o permanece la persona y aquella, el lugar en que accidentalmente y por tiempo corto se encuentra (15). De un comerciante que tiene almacén en Bogotá, quinta en Usaquén y se encuentra actualmente en Tunja, se dirá que tiene domicilio en Bogotá, una residencia en Usaquén y una habitación en Tunja, es el ejemplo propuesto por CHAMPEAU Y URIBE (16), o este otro traído por ALESSANDRI Y SOMARRIVA: una mujer casada que vive en Santiago y se dirige a visitar a su marido, que vive y tiene domicilio en Puerto Montt, pernocta durante el viaje en Temuco; dicha mujer tiene: 1) su domicilio en Puerto Montt, porque la mujer casada sigue el domicilio del marido; 2) su residencia en Santiago, porque ahí tiene su asiento real; y 3) su habitación en Temuco porque en este lugar se encuentra accidentalmente. La distinción entre residencia y habitación, que en sentir de BAUDRY LACANTINERIE (17), resulta de los textos legales no menos que del significado corriente de las palabras, se ha dicho, con todo, que carece de interés práctico. Sin embargo la habitación, toda estancia en un lugar por pasajera que sea, no deja de producir ciertos efectos jurídicos, las más de las veces extraños al Derecho Civil; por ejemplo, para estar sujeto a la ley colombiana no se requiere tener domicilio o residencia en Colombia porque de conformidad con el artículo 10 de la Carta "es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"; por consiguiente, el que sólo permanece en el país breves momentos queda sujeto durante ese lapso a las leyes colombianas.

El delito de violación de domicilio que determina y sanciona el artículo 302 del C. P. no supone, como parece deducirse de su denominación legal, la existencia del domicilio, pues para su configuración basta que la persona se introduzca arbitrariamente o de una manera engañosa o clandestina en habitación ajena, contra la voluntad de quien vive en ella.

Además, tiene efecto muy importante respecto de ciertas personas que no tienen domicilio en otra parte, pues para éstas hace las veces del domicilio.

Es frecuente hallar en los expositores y comentaristas del Derecho Civil la distinción de varias clases de domicilios, y así se ha-

bla de domicilio general y especial, real y de elección, voluntario y de derecho que corresponden a una clasificación o división fundada en las disposiciones legales. Más, sobre el particular, como respecto a numerosos temas relativos a la materia que nos ocupa, existen las más variadas clasificaciones. He aquí algunas de las que hemos hallado en nuestra investigación.

POTHIER (18) considera que el domicilio que somete a las personas a leyes personales del lugar donde está establecido puede ser de tres especies: uno que se puede llamar **domicilio de elección**, el que una persona ha elegido y establecido por sí misma; el domicilio paternal o de origen, o sea, el que los hijos han recibido de sus padres; en fin, el que la **mujer** adquiere de su marido desde el instante de la celebración del matrimonio.

ROGRON en sus breves comentarios al Código Civil, dice que el domicilio civil toma diferentes nombres: **real**, donde se habita realmente; de **elección o elegido**, cuando para ciertos actos, la persona se supone domiciliada en un lugar en donde no habita realmente; de **origen**, el que se adquiere por el nacimiento (19).

MOURLON (20) distingue dos especies de domicilio: **real** y de **elección**; el primero es general y el segundo especial, escogido para un negocio particular; el real lo divide en domicilio de **origen** y domicilio **adquirido** y éste último lo subdivide en domicilio **voluntariamente adquirido y establecido por la ley**.

BAUDRY LACANTINERIE (21) expresa que hay dos especies de domicilio civil, a saber: el domicilio **ordinario** que se llama también **real** o **general**, y el domicilio de **elección** que es un domicilio **especial**. Al primero se le llama general por oposición al de elección que es un domicilio "ad certas res", un domicilio especial y más a menudo domicilio **real** por oposición al mismo de elección que es ficticio. El domicilio real o general se denomina a veces de **derecho**, cuando es establecido por la ley, y **domicilio de hecho** cuando se establece por voluntad del hombre. Esta es la misma clasificación hecha por AUBRY Y RAU (22).

COVIELLO (23) divide el domicilio en **general** y **especial**: el primero se refiere a la generalidad de los derechos y de las obligaciones, y el último concierne a una relación jurídica determinada; ambos pueden tener causa en la voluntad del hombre o en la ley. El domicilio **general voluntario** llamado también **real**, es el que se tiene en el lugar en que alguno ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses. El domicilio general que tiene por causa la disposición de la ley y que por esto se llama **necesario** o **derecho** tiene su base en la relación de dependencia que liga a algunas personas con otras. El domicilio **especial** es a menudo voluntario y se llama propiamente **electivo**; pero muchas veces la ley misma impone la fijación de domicilio.

JOSSERAND (24) no se refiere expresamente a ninguna clasificación, pero expresa que todo domicilio está o bien fijado por la

ley en cuyo caso es un **domicilio legal de derecho, de dependencia**, o bien constituido por un acto de voluntad, en cuyo caso es un **domicilio de adquisición**; y al lado del domicilio general del artículo 102 del C. C. F., existen o pueden existir **domicilios especiales**, algunas de los cuales escapan al Derecho Civil, pero en el campo mismo del Derecho privado existen domicilios especializados como el **matrimonial** (determinado por la simple residencia de un mes), el **comercial**, por lo menos para la mujer casada, y el **domicilio elegido o de elección**.

Expositores como SAPENA PASTOR Y VICO, (25) aunque tratan el domicilio en cuanto este concepto interesa al Derecho Internacional, presentan distintas clases de domicilio siguiendo el Código Civil Argentino, circunstancia por la cual no hemos vacilado de tratarlas aquí. **Domicilio de origen** es el lugar del domicilio del padre el día del nacimiento de los hijos; **domicilio real** es el lugar donde la persona reside con el ánimo de permanecer en él; **Relativo**, es el domicilio de la mujer casada y de los incapaces; **especial o de elección** el fijado por las partes para la ejecución o cumplimiento de un contrato; **domicilio legal** es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

ALESSANDRI Y SOMARRIVA (26) hacen la división del domicilio civil en **general y especial**, los cuales pueden ser **legales o voluntarios** según los fije la ley o la voluntad de las partes. Es **general** el que se aplica a la generalidad de los derechos y de las obligaciones que entran en la esfera del Derecho Civil; **Especial** el que solo se refiere al ejercicio de ciertos derechos o relaciones jurídicas especialmente determinadas.

Semejante a la anterior es la división acogida por CHAMPEAU y URIBE cuando expresan: "hay que distinguir dos clases de domicilio: el domicilio **general u ordinario** o domicilio **real** y el domicilio **especial** o ficticio. Esta distinción no la hace de una manera formal el Código; pero resulta virtualmente del artículo 85 que admite el domicilio especial" (27).

Algunos autores como PLANIOL, RIPERT y SABATIER se abstienen de hacer clasificación del domicilio civil; al lado del domicilio general colocan domicilios especiales como el matrimonial, el político, el de socorro y asistencia y el de los deportados y confinados, y dan especial importancia a la determinación voluntaria del domicilio, a la determinación legal y al domicilio de elección.

Si se analizan con algún detenimiento las anteriores clasificaciones puede observarse que en el fondo lo que existe es un problema de terminología. En efecto, nadie pone en duda que el domicilio civil se refiere a la generalidad de los derechos y obligaciones de la persona, a las relaciones jurídicas reguladas por el

Derecho Civil; lo que ocurre es que la ley para determinarlo escoge entre los distintos hechos que vinculan la persona a un hogar determinado el que a sus ojos presenta mejores caracteres de firmeza o estabilidad, de manera que al presentarse éste reputa a la persona domiciliada en el lugar. Pero el legislador en algunos casos, presupone la existencia del hecho vinculatorio entre la persona y un determinado lugar con base en la relación de dependencia que las liga a otras, con base en la prestación de un servicio en algunos casos, o en virtud del ejercicio de ciertos cargos públicos. Finalmente, la doctrina y los Códigos admiten que para una o varias relaciones de derecho puede la persona vincularse jurídicamente con referencia a un lugar determinado, el cual constituye domicilio respecto de las partes y para efecto de tales relaciones.

No vemos inconveniente denominar **general** al primero y **especial** al último, y como el **general** se establece por un hecho de la persona o directamente por la ley, trataremos en primer término de la determinación voluntaria del domicilio y, luego de la determinación legal del mismo.

CAPITULO VI

DETERMINACION VOLUNTARIA DEL DOMICILIO

El Capítulo 2º, título 1º, Libro Primero del Código Civil trata "Del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella".

Lo primero que se nos ocurre anotar en relación con el epígrafe es que no corresponde exactamente al contenido del Capítulo, pues éste trata no sólo del domicilio en cuanto depende de aquellas circunstancias sino también del domicilio de elección y del domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley.

En segundo lugar, consideramos que contribuye a la formación de una idea errónea acerca del domicilio, idea por cierto muy difundida, y así es frecuente tropezar con el concepto de que el domicilio consiste en la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella. Aún se da el caso de autores como los doctores Pardo y Morales que en sus obras sobre procedimiento civil colombiano expresen en forma simplista el mismo concepto. El primero dice en efecto (1): "...De acuerdo con el artículo 76 del C. C., el "domicilio" consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, y el domicilio civil hace referencia a una parte determinada de un lugar de la Unión o del Territorio...". El doctor Morales a su vez (2) manifiesta que el "domicilio expresa una relación jurídica entre una

persona y un determinado lugar; la ley civil llama domicilio el lugar donde reside una persona, siempre que tenga ánimo de permanecer en él (C. C. Art. 76)".

Ciertamente el artículo citado —primero del Capítulo que nos ocupa— desarrolla la idea ya expresada en el epígrafe en los términos en que lo hace el primero de aquellos autores: "el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella". Art. 76 C. C.).

Si el epígrafe del Capítulo 2º ha contribuido a la formación de un concepto impropio del domicilio, el artículo 76 —que es su desarrollo— no ha contribuido menos y merece, por tanto, criticarse tanto o más que aquél.

Algunos autores entre ellos Fernando Vélez y Alessandri y Somarriva ven en el artículo 76 —59 del Chileno— una definición legal del domicilio y, como tal ha sido criticado por varias razones:

1). Se dice que el domicilio depende no sólo de la residencia y del ánimo de permanecer en ella sino también de otros factores como el estado civil por ejemplo. Los casos de domicilio legal no encajan por cierto en los términos del artículo 76;

2). La mera residencia hace de acuerdo con el mismo Código, las veces del domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte; por consiguiente, no concurren copulativamente los requisitos exigidos por el artículo 76 (3); y

3). Es inaplicable al domicilio de elección y al de las personas jurídicas.

Por el contrario, otros autores como CHAMPEAU y URIBE (4) consideran que el artículo 76 no contiene una definición del domicilio sino que indica simplemente el modo de determinarlo, pero ni aún así considerado es enteramente exacto porque puede existir domicilio sin residencia como sucede con el domicilio especial y, algunas veces hasta con el domicilio general.

Por los términos en que está concebido el artículo 76 parece contener una definición del domicilio pero es preciso reconocer que como tal no hace honor al legislador colombiano. En efecto, fuera de las críticas anteriores podrían formularse otras. En primer lugar, no define el domicilio de acuerdo con su naturaleza de concepto puramente jurídico, pues el domicilio no consiste en la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella sino que es el asiento jurídico de la persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Además, peca contra las reglas de una buena definición porque no abarca por completo el concepto definido, no encierra todos los caracteres esenciales. Adquiere vigencia aquí el aforismo *omnis definitio in iure periculosa*.

Finalmente, nos parece inconveniente la inclusión del elemento psicológico del ánimo de permanecer en el lugar ("animus manendi") porque en la determinación de los hechos vinculatorios

suficientes para asignarle domicilio a la persona en cierto lugar debe el legislador guiarse ante todo por un criterio objetivo, tomando en cuenta aquellas manifestaciones externas que ofrecen caracteres de estabilidad y denotan vinculación a él, pero sin acudir a intenciones que por su carácter subjetivo no siempre es dable reconocer. Si una persona tiene residencia por algún tiempo en Bogotá, donde vive con su familia, pero lejos de tener ánimo de permanecer allí sólo espera la oportunidad de emigrar a otro lugar, deberá concluirse que por faltar el elemento psicológico carece de domicilio en dicha ciudad? De acuerdo con el artículo 76, la respuesta debería ser afirmativa pues falta evidentemente el ánimo de permanecer en el lugar. La exigencia del "animus manendi" lleva al legislador colombiano a suponer que existe la intención de permanencia en el lugar con base en ciertos hechos externos, de manera que cuando éstos se presentan atribuye a la persona aquel ánimo. En efecto, los artículos 79, 80, 81 y 82 del C. C., contienen un desarrollo del concepto expresado en el artículo 76 en cuanto dice relación al ánimo de permanecer en el lugar de la residencia: el primero indica circunstancias que no permiten atribuir ánimo de permanecer y, por consiguiente, de adquirir domicilio; el artículo 80 enumera presunciones positivas del ánimo de permanecer en el lugar de la residencia; el siguiente dice relación a varias circunstancias que no hacen perder el domicilio y, por último, el artículo 81 se refiere a la manifestación expresa del ánimo de permanecer en el lugar.

Se ha considerado que el ánimo real de permanecer en el lugar de la residencia se manifiesta expresamente por la declaración prescrita en el artículo 82 conforme al cual "presúmese también el domicilio de la manifestación que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor del ánimo de avecindarse en un determinado distrito". Para el caso se requiere que la expresada manifestación se acompañe efectivamente de la residencia en el lugar indicado. CHAMPEAU y URIBE (5) observan sobre el particular que no ha debido decir el artículo "que se presume el domicilio, sino que se establece, pues es lo que efectivamente sucede". Declaraciones como las del artículo 82 son, en verdad, muy raras en la vida y aún puede decirse que son desconocidas entre nosotros; pero aún suponiendo que esta forma fuese usual es preciso admitir que, frente a terceros, el domicilio de la persona en un lugar se deduce de su vinculación a él por sus manifestaciones externas y no precisamente de la declaración del ánimo de avecindarse porque esta declaración no es objeto de medidas de publicidad que pudieran llevarla al conocimiento de aquellos.

Es, entonces, el ánimo presunto de permanecer en el lugar el que existe en la casi totalidad de los casos de domicilio, por no decir que en todos. De acuerdo con el artículo 80 "se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por

el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas".

Los hechos enunciados por el artículo 80 son todos hechos de significación económica que se refieren al ejercicio de una actividad ya como trabajador independiente o como empleado; por consiguiente, las circunstancias análogas de que habla la última parte de la disposición deben ser, en sana lógica, de la misma naturaleza como por ejemplo el hecho de emprender explotaciones agropecuarias, forestales y mineras. Mas, se nos ocurre preguntar: si una persona tiene su residencia en un lugar y ánimo de permanecer en él, pero a nadie ha manifestado este ánimo, no ha hecho la declaración del artículo 82, ni se ocupa en actividad ninguna, esto es, carece de "establecimiento durable" y de empleo fijo de los que se confieren por largo tiempo, tienen domicilio en el lugar?. Se nos dirá que existiendo los elementos indicados en el artículo 76, la persona tiene domicilio allí. Esto está muy bien respecto de la persona que tiene "animus manendi" y se considera ella misma domiciliada en el lugar, pero no frente a terceros porque éstos ignoran la existencia de ese ánimo.

Por otra parte se puede residir en un lugar y poseer allí "establecimiento durable" y no tener, sin embargo, ánimo de permanencia en el lugar, como en el caso de la persona residente en Bogotá que propusimos hace poco; pero de acuerdo con el artículo que nos ocupa se le reputa domiciliada pese a que el ánimo atribuído por la ley es contrario al verdadero ánimo de la persona.

No vemos la razón para atribuirle a la persona por el juego de presunciones un ánimo que no tiene. Es cierto que el hecho de abrir "establecimiento durable" y la aceptación de un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo denotan intención de permanecer en el lugar, pero también pueden no corresponder al ánimo de la persona. Por qué no prescindir entonces del "ánimus manendi" y evitar así la contradicción?

Los hechos enumerados por el artículo 80 tienen significado económico, pero no es su naturaleza económica la que hace presumir intención de permanecer; es el carácter de estabilidad o fijeza que imprimen a la residencia cuando va acompañada de uno de tales hechos. Por lo tanto, los casos análogos a que se refiere la disposición deben presentar notas de duración, fijeza o estabilidad aunque los hechos respectivos no sean de naturaleza económica. Nos parece pues que el legislador colombiano en vez de consagrar un criterio basado en elementos psicológicos, bien podía prescindir del "animus manendi" y atenerse simplemente a las manifestaciones objetivas, a la residencia con caracteres de fijeza,

permanencia o estabilidad en un lugar para determinar el domicilio de las personas. Por ello es más acertado a nuestro juicio el criterio seguido por el Código Civil alemán conforme al cual "el que fija su residencia permanente en un lugar, establece en él su domicilio" (Art. 7).

El legislador colombiano que ha tomado la residencia como elemento para determinar el domicilio no ha considerado únicamente el hecho de que una persona habite de una manera permanente en un lugar en el cual tiene sus relaciones de familia y de amistad, su centro afectivo y sentimental, sino también el hecho de que allí posee el centro de sus negocios e intereses; por ello el Código en varios artículos relativos al domicilio asocia al hecho de la residencia conceptos como "hogar doméstico" (Art. 79), "familia" y "asiento principal de sus negocios" (Art. 81).

Mas, si en el artículo 76 declara paladinamente que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, a renglón seguido el mismo legislador consagra la excepción a la que parecía regla absoluta. En efecto, expresa el artículo 78:

"el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión y oficio determina su domicilio civil o vecindad".

Se advierte aquí cómo el domicilio no consiste en la residencia acompañada del ánimo de permanecer en el lugar, pues no es siempre el elemento que sirve para determinarlo. Al lado de la residencia estable o permanente considera el legislador que el ejercicio habitual de una profesión u oficio en un lugar constituye un hecho vinculatorio suficiente para asignarle domicilio a la persona.

El legislador contempla el caso de dispersión de los centros de radicación de la persona, esto es, que el centro afectivo o familiar determinado por la residencia no coincide con el centro económico constituido en el lugar donde la persona ejerce en forma habitual su profesión u oficio.

Don Fernando Vélez (6) pasa por alto el ejercicio habitual de la profesión u oficio en un lugar como elemento determinado de domicilio, pues dice: "Las fuentes del domicilio civil, de que exclusivamente tratamos, según nuestro Código, son: la residencia con ánimo de permanecer en ella (art. 78); la manifestación a una autoridad política (art. 82); la mera residencia (art. 84); la convención (art. 85); y la condición y estado civil de la persona (arts. 87 a 89)"; más adelante expresa refiriéndose a la residencia con ánimo de permanecer en ella: "... Esta primera fuente queda determinada en la definición del artículo 76. El 78 establece dos hechos de donde se deduce el ánimo de permanecer en la residencia: 1º. El encontrarse la persona de asiento en un lugar, esto es, estar en él de firme o sea con una residencia material que pueda juzgarse

permanente; y 2º). El que ejerza habitualmente allí su profesión u oficio. Como de esos dos hechos apenas se deduce el domicilio, puede la persona tener una intención contraria al ánimo que se le supone".

Pese a la respetable opinión del doctor Vélez, consideramos con CHAMPEAU y URIBE que basta uno de los dos hechos señalados en el artículo 78 para determinar el domicilio de una persona. En el comentario a este artículo dicen los expresados juristas (7): "...Así, dos circunstancias pueden determinar el domicilio de una persona: estar de asiento en un lugar, es decir, tener allí su hogar doméstico o residencia habitual, o bien ejercer una profesión u oficio, sin que sea necesario que estas circunstancias concurren, pues el texto no exige sino una sola de ellas para determinar el domicilio". Además el artículo que nos ocupa no establece dos hechos de donde se deduce el ánimo de permanecer en la residencia como cree el doctor Vélez, sino dos hechos determinantes de domicilio como expresamente dice la disposición. No vemos, pues, cual fué la razón que llevó al doctor Vélez a sostener la tesis de que el ejercicio habitual de la profesión u oficio en un lugar sirve solo para deducir el ánimo de permanecer en la residencia.

Para ilustrar el artículo 78 ponen CHAMPEAU y URIBE (8) el caso de una persona que tienen su casa en Cajicá en donde está de asiento y un almacén en Bogotá en donde ejerce el comercio: "...el comerciante que hemos indicado por vía de ejemplo tendrá dos domicilios: uno en Cajicá, en donde tiene su hogar y su residencia, y otro en Bogotá, en donde ejerce su profesión..." y concluyen: "Hay que observar, además, que difícilmente se puede admitir que un individuo resida en el almacén en donde ejerce su comercio, de lo cual se deduce que no debe tomarse literalmente el artículo 76; no siempre el domicilio consistió en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella". Aunque compartimos la opinión nos parece, con todo, sencillamente absurda la referencia que hacen a "que difícil se puede admitir que un individuo resida en el almacén en donde ejerce su comercio", porque los conceptos de domicilio y residencia no dicen relación jurídicamente a una casa o edificio sino a la sección del territorio en el cual tienen cumplimiento los hechos constitutivos del domicilio o la residencia. Ahora bien, como el domicilio civil produce efectos sobre la competencia de las autoridades judiciales, y como es relativo a una parte determinada del territorio, se refiere lógicamente al municipio base de la división territorial del Estado Colombiano, y cuyo territorio está sujeto a la jurisdicción del juez municipal. Por tanto, cuando se habla del domicilio de una persona nos referimos al municipio en cuyo territorio se producen los hechos que sirven para determinarlo y no

a la casa o edificio donde ella habita, ni a la oficina o establecimiento donde ejerce su profesión u oficio.

Del artículo 78 resulta además una importante consecuencia: que dos son los hechos que determinan el domicilio voluntario, y así como pueden coincidir en un determinado lugar, pueden también tener cumplimiento en lugares diferentes; está allí, pues, implícitamente consagrado el principio de la pluralidad del domicilio, principio que el artículo 83 expresa en los términos siguientes: "Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo".

Desata así el Código Civil en forma acertada la controversia surgida acerca de la unidad o la pluralidad del domicilio. Ya en la antigua Roma como nos dice SAVIGNY, más de un jurisconsulto había puesto en duda la pluralidad de domicilios; pero se acabó por admitirla, "si bien reconociendo que era un caso raro y que sólo debe admitirse con gran reserva" (9). Sin embargo, en los tiempos actuales la duda subsiste, y aún más que duda existe el rechazo de la pluralidad de domicilios por parte de quienes consideran que "cada persona no puede tener sino un domicilio, porque siendo una la persona también debe ser uno el domicilio" (10). Creemos que derivar la unidad del domicilio de la consideración de que la persona es una, es tanto como negarle al individuo el derecho a poseer más de un traje porque solo tiene un cuerpo para cubrir; la pluralidad de domicilios no atenta en manera alguna contra la unidad de la personalidad, pues nada se opone a que la persona como sujeto de derechos y obligaciones tenga sedes diferentes para el ejercicio de aquellos y el cumplimiento de éstas. Si la persona tiene varios centros de actividad jurídica y concurren por consiguiente los supuestos de un domicilio voluntario en diferentes lugares, debe poseer un domicilio múltiple. Establecer lo contrario implica desconocer la realidad y provocar dificultades prácticas de todo orden.

No obstante la claridad del artículo 83 del C. C., correspondiente al 67 del Código chileno, hay quienes niegan la pluralidad de domicilios generales (11) "porque sería imposible —dicen— que en dos o más parajes pueda concurrir, respecto de una persona, las circunstancias constitutivas del domicilio civil general (la residencia y el asiento principal de sus negocios). Además, diversas disposiciones parten del supuesto de un solo domicilio: los Arts. 81 N° 1 y 955 hablan del último domicilio del desaparecido o difunto, respectivamente".

No vemos la razón de quienes tal cosa sostienen. Si bien es cierto que algunas disposiciones se refieren a un domicilio único —y

éste parece ser el argumento principal— el supuesto de la unidad del domicilio no tiene la extensión que se pretende darle porque el legislador al dictar tales disposiciones tiene en cuenta "eo quo plerumque fit" y lo normal y corriente es que la persona tenga un solo domicilio. La pluralidad de domicilios tiene en cierta forma carácter excepcional pero poco a poco va perdiéndolo por virtud de la creciente complejidad de la vida moderna, y el expreso reconocimiento hecho por el legislador no puede entenderse modificado por el supuesto de la unidad del domicilio de que parten algunas disposiciones. El argumento de la imposibilidad de que en dos o más parajes puedan concurrir respecto de una persona, las circunstancias constitutivas de domicilio civil, nos parece no solo infundado sino contrario a la realidad; en efecto, aún en el supuesto de que el domicilio fuese determinado exclusivamente por la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella —como lo entienden algunos— se admite la posibilidad de que existan los elementos material y psicológico como en el caso de quien "tiene su casa de habitación en esta ciudad, y en otra parte una finca, y acostumbra residir alternativamente con su familia en una y otra parte" (12).

Otra cosa es que, como dice la disposición, "si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo". En nuestro sentir no puede deducirse de aquí que la legislación colombiana no admite la pluralidad de domicilios **generales**. Don FERNANDO VELEZ en el ejemplo propuesto en el párrafo anterior se pregunta cuál será el domicilio de la persona y responde: "Todos los lugares indicados, pero no para toda clase de asuntos, sino para los que ocurran en cada uno de los domicilios"; esta opinión resulta discutible, porque el artículo 83 admite la existencia del domicilio en las secciones territoriales donde existan las circunstancias constitutivas del mismo, el cual tiene entonces carácter general, salvo cuando se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones, pues ella sola será para tales casos el domicilio civil de la persona. Esto significa que si Pedro tiene domicilio en Medellín y en Yarumal, la acción resolutoria de un contrato intentado contra él por incumplimiento de sus obligaciones, puede proponerse ante los jueces de Medellín o de Yarumal, a elección del actor; pero si la acción versa, por ejemplo, sobre un contrato de arrendamiento celebrado en Medellín y relativo a un inmueble situado aquí, deberá proponerse ante los jueces de esta ciudad porque se trata de cosa que dice relación especial a dicha sección exclusivamente; cosa semejante ocurrirá con los créditos de los proveedores de esta ciudad por suministros hechos durante las épocas en que reside aquí.

El expositor ALESSANDRI (13) refiriéndose al Código chileno expresa que éste, adelantándose a su época, acepta la pluralidad

de domicilios, mas ello no debe tenerse como una novedad pues desde el tiempo de los romanos se admitía la posibilidad de la existencia de varios domicilios; lo que sí es digno de alabanza es que don Andrés Bello no se hubiera dejado llevar por el criterio que guió al legislador francés.

El sistema de la pluralidad de domicilios es admitido por Códigos posteriores al de Chile, como el alemán, brasileño, soviético; sin embargo, algunos Códigos modernos como el suizo persisten en el domicilio único si bien con una salvedad notable pues, aunque sigue el principio de que "nadie puede tener al mismo tiempo su domicilio en varios lugares" agrega: "esta disposición no se aplica al domicilio de negocios" o sea, a los establecimientos industriales y comerciales que se encuentran en lugar distinto al domicilio civil del propietario (14).

El principio de la unidad del domicilio no está expresamente consagrado en el código francés, aunque el proyecto sí lo contenía expresamente; la disposición del proyecto fue, sin embargo, suprimida en consideración a que tal principio quedaba consagrado implícita pero claramente en el artículo 102. Tal principio afirmado en el Consejo de Estado por Tronchet, y en el Tribunado por Malherbe (15), resulta además de los artículos 103 y 110, el primero de los cuales da a entender que la adquisición de un nuevo domicilio hace perder el antiguo, y el segundo que supone que la sucesión se abre en un lugar único, como expresa BAUDRY-LACANTINERIE (16). Efectivamente, al referirse el artículo 102 al "principal establecimiento" excluye toda pluralidad de domicilio, pues el principal establecimiento que domina a los otros tiene que ser necesariamente único; por consiguiente, si no se puede poseer sino un principal establecimiento, no se puede tener sino un domicilio.

El domicilio único no se adapta a las condiciones de la vida moderna, razón por la cual en Francia misma no puede aplicarse el principio sino a costa de un gran número de salvedades reconocidas por la ley y por la jurisprudencia (17), y especialmente por la última, la cual, para salvar los inconvenientes de la unidad del domicilio ha buscado ingeniosas soluciones en la **teoría del domicilio aparente** y en la **elección tácita de domicilio**. Por la primera los tribunales para proteger a los terceros, hacen producir efecto a una apariencia creada por la persona, atribuyendo al domicilio aparente el papel de verdadero domicilio siempre que los terceros procediendo de buena fe hayan incurrido en error excusable (18); pero las sentencias de los tribunales franceses van aún más lejos pues convalidan emplazamientos hechos en un domicilio considerado aparente, "cuando en realidad nada disimulaba el verdadero domicilio, por ejemplo en las acciones de los criados o de los proveedores, como el caso del jardinero que cita a su amo ante el tribunal de su residencia rural y el de la costurera que demanda a sus clientes ante el tribunal del lugar de su veraneo" (19).

La jurisprudencia francesa acoge frecuentemente la idea de una elección tácita de domicilio, en especial cuando se trata de personas jurídicas y de la mujer casada comerciante; no parece desfavorable a admitir que quien pasa una temporada en una ciudad en que no está domiciliado, por ejemplo, como estudiante, funcionario, artista, dramático, elige implícitamente el domicilio en esa ciudad en beneficio de sus proveedores; y aún algunas cortes de apelación han hecho tentativas al reconocer que el establecimiento profesional fuera del domicilio hace las veces de éste para los asuntos relacionados con dicho establecimiento, pero la Corte de Casación parece negarse a admitirlo (20).

A propósito del domicilio aparente anota JOSSERAND (21): "Esta jurisprudencia, muy digna de consideración y **que procede del derecho consuetudinario**, choca con la definición rígida del artículo 102 y con el dogma de la unidad del domicilio; hace retroceder la concepción francesa, intelectual y abstracta, del principal establecimiento, para dar paso a la residencia continua... "algo semejante puede decirse de las aplicaciones jurisprudenciales de la elección tácita del domicilio, pero son los únicos medios para obviar los inconvenientes del principio de la unidad del domicilio. Por consiguiente, si en derecho el domicilio de todo francés es único, en el hecho las cosas corren como si una misma persona tuviera varios domicilios: una vez más la realidad práctica vence a la ficción jurídica, podemos decir con el expresado autor" (22).

Gracias a los artículos 78 y 83 del C. C., no tienen nuestros tribunales que acudir como los franceses, a soluciones más o menos ingeniosas y aún contrarias al sistema adoptado por el legislador para salvar los inconvenientes de una norma que no se adapta a la realidad. Si en este punto exhibe el legislador colombiano una técnica superior a la del francés, lo propio ocurre con la manera como resuelve la situación de aquellas personas sin radicación permanente, vagos o que hacen profesión de viajeros, las cuales constituyen, por cierto, excepción en el conjunto de la colectividad humana.

En desarrollo del principio de la necesidad del domicilio en virtud del cual toda persona tiene un domicilio, los autores franceses acuden al llamado domicilio de origen puesto que al nacer el hijo adquiere el domicilio de sus padres y lo conserva indefinidamente si no elige otro. Que nadie puede carecer de domicilio es una verdad que resulta del artículo 102: "El domicilio de **todo francés**... está en el lugar donde tiene su principal establecimiento": entonces todo francés tiene un domicilio (23). Sin embargo, el principio no es absoluto en opinión de algunos autores (24), porque hay personas sin domicilio. "Aún suponiendo la existencia de un domicilio en un momento dado, dice PLANIOL (25), ese domicilio puede perderse sin ser reemplazado por otro. No se prueba la imposibilidad de esta pérdida diciendo que la ley no ha previsto

porque un legislador jamás prevé todo. Por otro lado el artículo 59 C. Proc. Civ. permite emplazar ante el tribunal de la residencia "cuando no tiene domicilio".

Se pretende, es verdad, que estas palabras deben interpretarse por las del art. 69. 8º del mismo Código: "los que no tienen ningún domicilio conocido en Francia". Pero esta reconciliación prueba simplemente que los dos casos son equivalentes desde el punto de vista del procedimiento. De otro lado, el art. 269 C. Pen. castiga los "que no tienen domicilio cierto", es decir, habitación fija. Se puede pues estar sin casa ni hogar (feu ni lieu): este estado tiene un nombre, es la vagancia, y existe en derecho con el hecho, puesto que la ley hace de él un delito.

"La mayoría de las veces se dice, no obstante, se puede atribuir un domicilio incluso al vagabundo que, en defecto de haber adquirido uno, conserva el domicilio que tenía en casa de sus padres, pero este domicilio puramente ficticio, no impide, además, el delito de vagancia. Más para atribuir un domicilio al vagabundo es preciso que se pueda domiciliar a los padres, "pues existen familias de bohemios y de saltimbanquis que viven desde tiempo inmemorial en estado de nómadas, lo que excluye para ellos toda especie de domicilio" (26).

No existe, pues, en el C. C. francés una disposición como la de nuestro artículo 84 C. C., de manera que la deficiencia ha tenido que ser subsanada por el Código de procedimiento civil; la disposición citada expresa: "la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieron domicilio civil en otra parte".

Hemos sostenido que siendo la radicación de la persona en un lugar determinado una necesidad impuesta por el orden jurídico para dar eficacia a las relaciones jurídicas, nadie puede carecer de domicilio y consideramos que el artículo 84 del C. C. recoge la sana doctrina aunque, aparentemente, parezca expresar la idea contraria. Algunos autores como CHAMPEAU y URIBE en comentario a la disposición que nos ocupa acogen la doctrina del domicilio de origen, —a la cual nos referimos en otro capítulo— para demostrar la imposibilidad de que una persona pueda carecer de domicilio. En efecto dicen: "Cuándo se aplica la disposición? Puede uno no tener domicilio? Es difícil que así suceda si se admite que cada cual tiene desde su nacimiento el domicilio de sus padres, y lo conserva mientras no adquiera otro. Quizá habría sido preferible decir domicilio conocido; aún los niños desamparados tienen su domicilio en la casa en donde se les recibe. El caso más práctico de aplicación de este artículo es el de aquellos que, por la naturaleza de su profesión no tienen lugar fijo de residencia, como los mercaderes ambulantes, los actores dramáticos, etc." (27).

Advertimos con relación al comentario transcrito que nuestra legislación no da base para sostener la tesis de que el domicilio

que se adquiere desde el nacimiento se conserva mientras no se adquiera otro, como más adelante lo precisaremos; por otra parte, el artículo 84 no se refiere a quienes tengan un domicilio pero desconocido, sino a aquellas personas respecto de las cuales no existen las circunstancias que, de acuerdo con el Código, determinan el domicilio en los casos ordinarios.

Don FERNANDO VELEZ considera la residencia como una fuente de domicilio, y creemos que le asiste la razón. En el comentario al artículo 84 C. C., expresa: (28) "Esta tercera fuente del domicilio comprende a los individuos que no tienen asiento fijo en sus negocios, ni casa de habitación permanente, ni han hecho la manifestación indicada antes (se refiere a la del art. 82), tales como los vagos, los peregrinos, los mercaderes y trabajadores ambulantes, y los que vienen del extranjero y no se han establecido fijamente en un punto o lugar determinado. A esta clase de personas, por ejemplo, se les puede demandar ante el juez del lugar donde estén residiendo y allí pueden ellos hacer efectivos sus derechos judicialmente, siempre que lo permita la vecindad del demandado".

Creemos que del artículo 84 no pueda deducirse que haya personas sin domicilio; al contrario: contempla la hipótesis de que existan personas respecto de las cuales falten, en un lugar determinado, las circunstancias determinantes de domicilio; en tal hipótesis, el legislador procede a asignar a esas personas un domicilio que es determinado por la residencia. A falta pues de un hecho que vincule la persona a un lugar determinado en forma estable, el legislador toma la residencia como hecho vinculatorio determinante del domicilio.

No es que la mera residencia haga las veces de domicilio civil como dice el artículo, sino que el domicilio de las personas que no tienen asiento en un lugar, ni tienen un centro económico permanente en el cual ejerzan su profesión u oficio en forma habitual, se determina por la residencia. Claro que tal domicilio no se amolda a la definición del artículo 76, que parte precisamente del supuesto contrario, pues como ya lo hemos dicho, y volveremos a repetirlo, el domicilio no consiste en la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella; la residencia en el caso que nos ocupa es el hecho vinculatorio que determina el asiento jurídico de tales personas para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus obligaciones. Entonces las personas que no están de asiento en un lugar, ni ejercen habitualmente su profesión u oficio en el mismo, tienen, sin embargo, un asiento jurídico, tienen domicilio en el lugar donde residen.

Por consiguiente el domicilio voluntario, o sea, de las personas a quienes la ley no les impone uno, se determina de acuerdo con nuestro Código por la residencia permanente, o por el centro de actividad profesional, o por la simple residencia. De forma,

pues, que los hechos vinculatorios que fija el Código para determinar el domicilio voluntario son:

1º—El estar de asiento en un lugar, o sea la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella.

2º—El ejercicio habitual de la profesión u oficio en un lugar.

3º—La mera residencia respecto de las personas no vinculadas a otro lugar por algunos de los hechos anteriores.

Conocidos los hechos que sirven para determinar el domicilio voluntario, no resulta difícil abordar el problema del cambio de domicilio con el cual se relaciona el artículo 81 del C. C., conforme al cual "El domicilio civil no se muda por el hecho de residir en individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior".

"Así, confinado por decreto judicial a un paraje determinado o desderrado de la misma manera fuera del territorio nacional, retendrá el domicilio anterior mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios".

Decían los autores antiguos, y lo repiten los modernos, que si bien para adquirir el domicilio se necesitan los elementos objetivo y subjetivo (ánimo et facto), para conservarlo basta el segundo. Expresa POTHIER (29) que "una persona no puede, en verdad, establecer su domicilio en un lugar sino "ánimo et facto", estableciendo en él una morada: pero el domicilio una vez establecido en un lugar, puede retenerse allí "ánimo sólo"; tal ocurre cuando la persona abandona el lugar de su domicilio por causa de un largo viaje, o para irse a un lugar en el cual negocios pasajeros o un empleo amovible reclaman su presencia; pero aunque esa persona haya llevado consigo todas sus cosas y no haya conservado ninguna morada en el lugar de su domicilio, de donde partió, se reputa, no obstante, conservarlo "ánimo", mientras no establezca en otra parte su verdadero y perpetuo domicilio". En esto ven algunos (30) una analogía con la posesión (ánimo retinetur possessio).

Los autores franceses hacen especial hincapié en el cambio de domicilio, pues si éste se conserva por la intención, la adquisición de un nuevo domicilio voluntario implica pérdida de un domicilio anterior; así se infiere del artículo 103 del C. Francés que habla solamente del cambio de domicilio y da a entender, por tanto, que quien adquiera un domicilio voluntariamente, ha dejado uno, y que la adquisición de un nuevo domicilio entraña la pérdida del antiguo (31). Estas son, evidentemente, consecuencias del principio de la unidad del domicilio aceptado por el Código Francés. Ahora bien, ese cambio o traslación, como se le llama en las fuentes del Derecho Romano, se opera por el hecho de una habitación real en otro lugar, unida a la intención de fijar en él el principal establecimiento; por consiguiente, dos elementos se requieren: uno material o de hecho que es el traslado de la residen-

cia y un elemento intencional que consiste en la voluntad de fijar en el lugar recientemente elegido el principal establecimiento. No basta, por tanto, el hecho sin la intención, ni ésta sin el hecho, pues "el primer elemento, aislado, sería solamente traslativo de residencia; y el segundo, reducido a sus propios medios, sería ineficaz" (32).

El cambio de la residencia es un hecho objetivo, fácil de determinar, y la intención resulta de una declaración expresa, hecha tanto en la municipalidad del lugar que se deje, como en la del lugar a que se haya trasladado el domicilio (art. 104), y a falta de declaración expresa, "la prueba de la intención dependerá de las circunstancias" (Art. 105); para esta prueba la jurisprudencia se refiere a una serie de indicios como: el tiempo y la continuidad de la habitación, las condiciones materiales de la nueva instalación (traslado de mobiliario, personal doméstico), traslado de las relaciones de familia (contraer matrimonio en el lugar, o llevar la mujer, los hijos, y la familia), el traslado de los intereses materiales, el pago de ciertos impuestos en el lugar, y aún las declaraciones que en sus documentos haga la persona de estar domiciliada en el lugar (33).

De acuerdo con nuestro Código, las cosas ocurren de otra manera. En efecto, por virtud de la pluralidad de domicilios consagrada por el artículo 83 dos importantes consecuencias se producen en relación con el punto que nos ocupa, a saber: 1) que la adquisición de domicilio no implica que la persona ha dejado uno; y 2) que la adquisición de un nuevo domicilio no entraña la pérdida del anterior. El Código no contiene ninguna disposición relativa al traslado del domicilio, pero ello no significa, evidentemente, que el fenómeno no ocurra. Conocidos son ya los hechos que, de acuerdo con el C. C., determinan el domicilio, y por consiguiente su adquisición, de manera que el problema queda reducido a la pérdida del domicilio.

Cuándo se entiende perdido el domicilio? El Código nada expresa sobre el particular; simplemente al tenor del artículo 81 el domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior. El silencio del legislador debe ser suplido entonces con la aplicación de los principios generales: si el domicilio supone un hecho vinculatorio de la persona a un determinado lugar, subsiste mientras exista el hecho que lo determina; por consiguiente, cesado el hecho, desaparecida la relación que existía entre la persona y el lugar, el domicilio se extingue.

Si de acuerdo con el Código tres son los hechos que determinan el domicilio (la residencia permanente, el ejercicio habitual de la profesión u oficio, y la simple residencia) éste subsiste en tanto esos hechos tengan cumplimiento en el lugar; por consiguiente, si

estaba determinado por la residencia permanente, o sea, acompañada de manifestaciones objetivas de fijeza o permanencia, se pierde el domicilio al cesar aquella y éstas; si era el ejercicio habitual de la profesión u oficio el hecho determinante del domicilio en el lugar, cesa el domicilio al dejar la persona de desarrollar su actividad allí en forma habitual; finalmente, si la simple residencia determinaba el domicilio por falta de otro hecho que vinculara la persona a un lugar determinado, piérdese al abandonar la residencia.

Con tal criterio interpretemos el artículo 81 del C. C. No se trata en nuestro sentir de que el domicilio se conserva por la intención (ánimo) como decían los antiguos y sostienen algunos autores modernos, sino que al subsistir circunstancias que unidas a la residencia demostraban la vinculación de la persona al lugar, esto es, al conservar allí el centro familiar y económico, aunque la persona se halle ausente subsiste el hecho vinculatorio y, en consecuencia, el domicilio que él determina.

Si el **traslado** (acción y efecto de trasladar) del domicilio implica su pérdida en un lugar y adquisición en otro, sólo se produce por consiguiente, al cesar en el primero los hechos vinculatorios que lo determinaban y al realizarse tales hechos en el lugar nuevamente elegido. Con todo, no debe olvidarse que la constitución o adquisición de un domicilio no implica siempre, a causa del principio de la pluralidad admitido por el Código, ni la pérdida de uno anterior, ni su traslado.

CAPITULO VII

DETERMINACION LEGAL DEL DOMICILIO

Toda persona a quien la ley no le impone un domicilio determinado goza de libertad para elegir el suyo. En el Capítulo anterior tratamos de la determinación voluntaria del domicilio y para saber quienes pueden fijar voluntariamente su domicilio es preciso saber a quienes la ley se los impone.

El legislador en ciertos casos determina de oficio el lugar del domicilio porque considera que la persona en virtud de especiales circunstancias se halla necesariamente vinculada al lugar que el mismo legislador señala; esas circunstancias provienen a nuestro juicio, o de la incapacidad que los afecta o de la relación de dependencia establecida por la misma ley respecto de ciertas personas, y en otras legislaciones, del cargo que desempeñan. Pero aunque las categorías de personas a quienes la ley asigna un domicilio son pocas, los individuos en ellos comprendidos son tan numerosos como que constituyen la mayoría de la población, según se deduce de la enumeración de tales personas.

En el derecho francés tienen domicilio fijado por el legislador: 1º. Los menores de emancipados; 2º Las mujeres casadas no separadas de cuerpo; 3º Lo interdictos; 4º Las personas que trabajan habitualmente en casa de otro; 5º) Los funcionarios públicos nombrados vitaliciamente; 6º Los bateleros, a partir de 1938. En el derecho de alemán tienen también domicilio legal los militares, en el lugar donde está la guarnición a la cual pertenecen. En el derecho chileno están sometidos a domicilio legal las siguientes personas: las mujeres casadas, los menores, los interdictos, los criados y dependientes, y ciertos funcionarios; las mismas personas lo están entre nosotros a excepción de las últimas, pues el Código Civil no reprodujo el artículo 66 del chileno.

El Capítulo 3º, título 1º del Libro 1º del C.C. trata de la determinación legal del domicilio bajo el epígrafe "Del domicilio en cuanto depende de la condición o estado civil de la persona". "Se habla de condición o estado civil, —dice DON FERNANDO VELEZ en el comentario respectivo— (1) porque unas veces lo impone éste como respecto de la mujer casada y de los hijos de familia; y otras, como respecto de los criados, una circunstancia que no constituye estado civil..."; pero de las causas eficientes o posiciones claves —como las llama el DR. MORENO JARAMILLO— (2) que producen la individualidad jurídica de la persona (nacionalidad, domicilio, matrimonio, paternidad, maternidad, filiación) toma el legislador para la imposición del domicilio, el matrimonio y la filiación; además de estos estados civiles, funda la determinación legal del domicilio en la interdicción y en prestación de servicios en ciertas condiciones.

Hablaremos separadamente de las personas a quienes se les impone el domicilio, pero antes de hacerlo nos parece conveniente fijar los caracteres que presenta el domicilio legal, derivados de su propia naturaleza:

1º.—Es un verdadero imperativo de la ley y tiene, por tanto, siempre carácter obligatorio o forzoso; esto no excluye sin embargo, la posibilidad de que ciertas personas sujetas a él tengan otro domicilio independiente y especial.

2º.—El domicilio legal se adquiere de pleno derecho al producirse el hecho en el cual se funda la determinación legal, y se impone a la persona mientras exista la situación que sirve para atribuírselo.

3º.—Cesa de imponérsele a la persona de pleno derecho, en el momento en que desaparece el hecho que le servía de fundamento.

4º.—Finalmente, como se trata de la determinación legal del domicilio, sólo existe en los casos expresamente establecidos por la ley; no puede extenderse por analogía o por otro principio de hermenéutica a otros casos no contemplados por el legislador. Su interpretación es, por consiguiente, restrictiva (3).

Para la determinación legal del domicilio no se tiene en cuenta la residencia efectiva o real de la persona, aunque en algunos casos presume el legislador que la persona reside en el lugar donde le fija domicilio, como en el caso de la mujer casada y del hijo de familia, y en otros exige, sin embargo, la residencia, como el caso de los criados y dependientes; exceptuando este último, en el cual coexisten la residencia y el domicilio fijado por la ley, los hechos pueden no responder al supuesto considerado por el legislador; de ahí que se afirme el carácter frecuentemente ficticio de este domicilio.

1.—**Domicilio de la mujer casada.** En el Derecho Romano las mujeres casadas tenían en general y necesariamente el domicilio de sus maridos; el mismo principio se conservó en el Derecho antiguo y se ha perpetuado en los Códigos Modernos.

Decía PORTHIER (5): "Como la mujer desde el instante de la celebración del matrimonio cae bajo la potestad del marido, cesa en algunos aspectos, de tener "propiam personam" y forma una misma persona con su marido".

"Pierde desde este instante su domicilio; el de su marido viene a ser el suyo, y queda desde ese día sujeta a los estatutos personales del lugar de dicho domicilio, aunque todavía no haya llegado allí... "El artículo 108 del C. C. Francés consagró el principio de que "la mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido", y el nuestro en su artículo 87 dispone: "la mujer casada sigue el domicilio del marido". Este artículo corresponde al 71 del Código de Chile, aunque no es exactamente igual como veremos.

En cuanto al motivo para asignar a la mujer casada el domicilio de su marido, no existe acuerdo en la doctrina; si para algunos es consecuencia de la obligación impuesta a los cónyuges de vivir juntos, otros encuentran su fundamento en la potestad marital, en el carácter de jefe de la sociedad conyugal que tiene el marido y aún en la incapacidad de la mujer casada. BAUDRY LACANTINERIE (6) considera que al establecer el matrimonio entre el hombre y la mujer la sociedad más íntima que se puede concebir ("erunt duo in carne una"), es natural que tengan la misma residencia y el mismo domicilio; y puesto que el marido está investido de la potestad marital, ya que él es el jefe de la sociedad, la ley debe naturalmente dejarle la elección de la residencia y del domicilio; de manera que la mujer deberá residir en todas partes donde su marido juzgue a propósito fijar su residencia, y estará domiciliada en todas partes donde le plazca a su marido fijar su domicilio. PLANIOL (7) encuentra que el motivo de este domicilio se halla en la obligación impuesta a la mujer de habitar con su marido, y en que este tiene la elección de la residencia del matrimonio; pero hay otro motivo: que bajo casi todos los regímenes

nes matrimoniales, la administración de los bienes de la mujer o de la mayor parte de éstas, corresponde al marido.

El DR. CARLOS M. VICO en su curso de Derecho Internacional Privado refiriéndose al domicilio relativo dice que entre los incapaces a quienes no se les reconoce la aptitud necesaria para la elección voluntaria del domicilio, se encuentra la mujer casada. "Esta podía haber sido plenamente capaz antes de contraer matrimonio si era mayor de edad; contrae el matrimonio y se convierte en incapaz. Es que ha sido herida por alguna tara orgánica que le impida el ejercicio de facultades que el día antes se le reconocía en su plenitud? No; la ley ya no traduce, como en el caso del menor o del demente, una deficiencia psicológica; se trata de la restricción al ejercicio de una capacidad fundada en consideraciones de orden social que el legislador ha creído conveniente hacer prevalecer". (8).

Creemos que la razón por la cual la mujer casada tiene el domicilio del marido no se halla ni en el carácter de éste como administrador o jefe de la sociedad conyugal, ni en la incapacidad de aquella porque, entonces, en legislaciones que, como la nuestra, reconocen a la mujer la capacidad de hecho o de ejercicio, y en las que el marido no tiene la administración de la sociedad conyugal desaparecería el fundamento de ese domicilio. Más bien el fundamento se halla en la naturaleza misma de la unión conyugal que supone la íntima unión entre los cónyuges con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente; de forma pues que la asignación del domicilio del marido responde a razones superiores de organización familiar, y es consecuencia de las obligaciones impuestas a la mujer por el matrimonio.

De manera que en nuestro Derecho el fundamento del domicilio legal de la mujer casada se halla:

1º.—En el derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia (art. 178).

2º.—En la potestad marital, o sea, el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer, potestad que subsiste en lo que dice relación a la persona.

La regla en virtud de la cual la mujer casada sigue el domicilio de su marido es de orden público como lo son las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro y de los descendientes comunes (art. 1.773 C. C.) de manera que no puede ser derogado por la voluntad de los cónyuges. Además, la mujer adquiere el domicilio de su marido de pleno derecho, por el sólo hecho del matrimonio, sin necesidad de manifestación alguna de su parte y aún a pesar de manifestación en contrario; y para adquirirlo no es necesario que la mujer

se traslade al lugar donde su marido está domiciliado. Si, por ejemplo, una bogotana se casa en Bogotá con un varón domiciliado en Medellín, adquiere de derecho en esta ciudad su domicilio; y si muere antes de trasladarse a Medellín, su sucesión se abrirá aquí, porque de acuerdo con el artículo 1.012 del C. C. la sucesión en los bienes de una persona se abre en su último domicilio.

Cuándo cesa de imponérsele a la mujer el domicilio del marido? Sobre el particular nada dice nuestro Código y debe entenderse que subsiste lógicamente mientras el matrimonio no sea disuelto. Pero puede presentarse la situación anormal creada por el divorcio; éste, de acuerdo con el artículo 153 C. C. no disuelve el matrimonio pero suspende la vida común de los casados; por consiguiente, al producirse la separación de los cónyuges, el marido pierde los derechos anexos a la potestad marital y por lo mismo, no puede exigir de su mujer que lo siga a donde traslade su residencia ni que le obedezca (9), y desaparece entonces la razón que justificaba el domicilio de la mujer casada.

El artículo 71 del Código Chileno, preferible al 87 de nuestro Código, dice: "La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en Chile". Ahora bien, como el divorcio puede ser temporal o perpetuo, y como el artículo 71 no hace distinción entre estas dos formas se ha concluido en Chile (10) que "tanto la mujer divorciada perpetuamente como la divorciada temporalmente no sigue el domicilio del marido".

Nuestro Código al tratar del divorcio y de sus efectos no distingue el divorcio temporal del perpetuo; pero el artículo 1.820 al tratar de la disolución de la sociedad conyugal señala como causa de disolución "la sentencia de divorcio perpetuo o de separación total de bienes. . .".

En comentario a la citada disposición expresa DON FERNANDO VELEZ (11) "el calificativo de **perpetuo** que se da al divorcio, no nos lo explicamos, porque según nuestras leyes, decretado el divorcio de los cónyuges, como él separa a éstos, cesan sus intereses comunes, y por consiguiente se disuelve la sociedad conyugal que no puede existir sin aquellos. Quizá aquel calificativo tiene por objeto establecer que en el caso del artículo 155 no hay disolución de la sociedad, cosa inútil decirla, porque ese artículo no autoriza el divorcio, sino que suspende la obligación que tienen los cónyuges de cohabitar, dejando subsistentes sus demás obligaciones. . . ." En nuestro sentir, si las causas señaladas en el artículo 155 no autorizan el divorcio, como expresamente dice la disposición, debe concluirse que aún en el evento allí contemplado la mujer sigue el domicilio del marido. Sin embargo cuántas dudas nos asaltan al hacer tal afirmación! pues bien puede darse el caso, por ejemplo, de que la enfermedad contagiosa de carácter incurable imponga una separación definitiva.

Nótese, por otra parte, que el Código Chileno impone a la mujer el domicilio del marido "mientras éste reside en Chile". A contrario sensu, la mujer no sigue el domicilio del marido cuando éste reside en el extranjero. La ventaja de esta disposición es evidente, pues "Una razón de orden práctico, dicen ALESSANDRI Y SOMARRIVA (12), abona este temperamento: evitar a las personas que tienen relaciones jurídicas con la mujer el acudir a los tribunales extranjeros para hacer valer sus derechos".

Cuando la mujer es curadora de su marido demente o sordomudo, cesa el domicilio legal de la mujer y es ésta la que impone el domicilio al marido, porque, conforme el artículo 88 el que se halla bajo tutela o curaduría sigue el domicilio de su tutor o curador, y la mujer no divorciada puede ser curadora de su marido demente o sordomudo. (arts. 550 y 23 de la ley 57 de 1.887). Como la mujer no puede ser curadora de su marido declarado en interdicción por causa de disipación (art. 539), "el domicilio de la mujer en este caso es del curador del marido, porque éste sigue el domicilio de aquél y la mujer el domicilio del marido, que es, como decimos, el del curador" (13).

La imposición a la mujer casada del domicilio de su marido, no impide, sin embargo, que al ejercer habitualmente la mujer una profesión u oficio en otro lugar que el del domicilio del marido, tenga un domicilio especial, de acuerdo con el artículo 78, para efecto de las relaciones jurídicas concernientes a su actividad.

II.—Domicilio legal de los menores.—Se ha considerado que como la gestión de los intereses del menor no emancipado está confiada a su padre, debe tener el domicilio de éste, pues allí se encuentra el asiento de sus negocios (14); este es el fundamento que asignan ALESSANDRI Y SOMARRIVA (15) al domicilio legal del menor. En nuestra opinión este domicilio tiene fundamento no sólo en la incapacidad que afecta al menor sino en la relación de dependencia establecida por el legislador, y aún por la naturaleza misma, del hijo respecto del padre, cuya tutela se impone por razones superiores de organización familiar.

"El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno..." dice el artículo 88 del C. C. Se advierte en él claramente que es la patria potestad el factor que determina el domicilio legal del menor; por consiguiente, el hijo sigue el domicilio del padre mientras éste ejerza sobre él la patria potestad, de forma que al producirse la emancipación voluntaria, legal o judicial, cesa de imponérsele ese domicilio. Lo que se dice del padre se extiende a la madre pues ésta, de acuerdo con el artículo 13 de la ley 45 de 1936, ejerce respecto de los hijos legítimos la patria potestad al faltar el padre por cualquier causa legal. Por consiguiente, al suspenderse la patria potestad en los términos del artículo 310, como falta el padre, el hijo menor queda sujeto a la

patria potestad de la madre y sigue, en consecuencia, el domicilio de ésta que puede ser propio o puede ser el del curador de su marido.

El artículo 88 es aplicable igualmente al hijo adoptivo pues por la adopción adquieren respectivamente el adoptante y al adoptado los derechos y obligaciones de padre o madre e hijos legítimos (16).

En cuanto al domicilio legal del hijo natural, debe tenerse presente el artículo 14 de la ley 45 de 1936.

La imposición del domicilio del padre al hijo de familia no impide que éste pueda tener un domicilio especial en cuanto dice relación al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones emanadas de actos en que el hijo bajo patria potestad puede intervenir como persona *sui juris*, como los relativos a la administración y goce de su peculio profesional o industrial, para los cuales se mira como emancipado y habilitado de edad (17).

III.—**Pupilos.**—El domicilio de los impúberes sujetos a tutela así como el de los menores adultos no habilitados de edad, y el de los dementes, pródigos y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito declarados en interdicción es el del respectivo tutor o curador, de acuerdo con el artículo 88 del C. C.

El fundamento de este domicilio se encuentra en la incapacidad en que tales personas se hallan para actuar por sí mismos en la vida jurídica. Dicho domicilio debería estar en el lugar que es centro de la administración de los intereses del menor, pero el legislador, considerando quizá que tal centro coincide con el lugar donde el guardador tiene el centro de su actividad jurídica, asigna al pupilo el domicilio de su tutor o curador. Sin embargo creemos que si el tutor o curador tiene varios domicilios, esta pluralidad no se extiende al pupilo, sino que el domicilio de éste debe ser el que coincida con el centro de la administración de sus intereses. Así, si el tutor o curador tiene domicilio en La Ceja y en Medellín pero es en ésta ciudad donde se halla la administración de la tutela o curaduría, debe ser Medellín y no la Ceja el domicilio del pupilo.

En cuanto al caso de la mujer casada que es declarada en interdicción, se ha sostenido que el domicilio será el de su curador, sea éste el marido o un extraño, y que si ambos cónyuges se hallan en interdicción, "cada uno tendría su domicilio en el del respectivo curador". (18).

IV.—**Criados y dependientes.**—Expresa el artículo 89 del C. C., que "el domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella; sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos precedentes".

Halta fundamento este domicilio, en sentir de algunos autores, en el hecho de que el centro de la actividad jurídica de los

criados y dependientes es el domicilio de la persona a quien sirven.

Con relación al artículo 109 del C. C. Francés, semejante al nuestro, dicen PLANIOL, RIPERT y SAVATIER (19): "Esta disposición no concuerda con nuestras costumbres. La habitación, absolutamente temporal de los criados en la casa de sus amos, no constituye sino muy raramente su principal establecimiento. Es completamente arbitrario fijar en él, por ejemplo, el lugar de apertura de su sucesión. La situación se hace todavía más extraña cuando el mismo amo no reside en su domicilio. El criado está entonces domiciliado en un lugar que le es completamente extraño". Quizá por estas razones algunos Códigos modernos como el Alemán y el Italiano han suprimido este domicilio legal".

Antes de referirnos a las circunstancias exigidas para la imposición del domicilio de los criados y dependientes, hacemos notar que ésta terminología resulta anticuada en los tiempos actuales, pues el término aplicable hoy es el de "trabajadores" (art. 23 del C. S. del T.) y ha quedado "abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma de retribución, salvo las excepciones establecidas por la ley" (art. 10 C. S. del T.).

Para que los trabajadores tengan el domicilio del patrón se requieren tres condiciones, dos derivadas del texto mismo del artículo 89, y la tercera exigida por la doctrina, a saber:

1º—Que el trabajador resida en la misma casa del patrón, que viva bajo el mismo techo.

2º—Que la persona no tenga un domicilio derivado de la patria potestad, de la potestad marital o de la guarda, porque las disposiciones sobre estos domicilios son de aplicación preferente.

3º—Que el trabajador preste habitualmente su servicio en "la casa de la persona de que se trata, y no con intermitencias. Por eso, la cocinera, el chofer, el secretario, si reúnen los demás requisitos, tienen el domicilio de la persona que sirve pero no el enfermero" (20).

CAPITULO VIII

EL DOMICILIO DE ELECCION

Como de acuerdo con los principios generales el domicilio determina para los efectos procesales el fuero general de la persona expresado en la máxima "*actor sequitur forum rei*", el acreedor está obligado por consiguiente a emplazar a su deudor ante el juez de su domicilio, lo cual en muchos casos le resultará incómodo y dispendioso por razón de la distancia, puesto que el domicilio del último puede estar en un lugar lejano. Esta considera-

ción sería muchas veces causa suficiente para impedir la celebración de un contrato, pues las partes preferirán desistir de su propósito que someterse a las contingencias resultantes de la necesidad de recurrir a un lugar distante en caso de sobrevenir alguna dificultad en el desarrollo del contrato.

En efecto, es razonable que una persona domiciliada en Medellín esté poco dispuesta a contratar con otra domiciliada en Pasto, si las dificultades a que puede dar origen el contrato propuesto tiene que someterlas al juez de Pasto. Por tanto, la ley para obviar esta dificultad da una solución adecuada que se contrae a la modificación de los efectos legales del domicilio.

Como se trata de un problema derivado de la competencia territorial —la cual como se vió, mira especialmente al interés de las partes— no cabe duda de que los particulares pueden derogar las normas legales que rigen la competencia por territorio (unicuique licet juri pro se introducto renuntiare) pues así lo autoriza "el derecho de razón" al decir de Mattiolo (1). De esta manera, cuando dos personas celebran un contrato pueden, a fin de facilitar las acciones a que pueda verse obligada una de ellas a recurrir, por razón del mismo contrato, fijar un domicilio especial, más próximo y más cómodo que el domicilio general de la parte contra la cual se dirige la acción. Así en un contrato de mutuo celebrado con una persona domiciliada en Cali puede estipularse que el mutuante domiciliado en Bogotá podrá recurrir para efectos judiciales originados del contrato, ante los jueces de la capital, lo que en otros términos significa que el domicilio general de las partes —especialmente el del mutuario— es reemplazado en cuanto al negocio particular celebrado entre ellos, por un domicilio especial fijado en Bogotá.

El domicilio así fijado se conoce con el nombre de **domicilio elegido** o de **elección** (Mourlon, BAUDRY-LACANTINERIE), **contractual** o **convencional** (ALESSANDRI y SOMARRIVA), **especial** o **ficicio** (CHAMPEAU y URIBE), generalmente como **elección de domicilio** (Colin y Capitant, Repiert, Mattiolo). Debe tenerse presente que en la terminología antigua empleada por POTHIER, el domicilio de elección correspondía al que una persona había elegido y establecido por sí misma, por oposición al paternal o de origen y al domicilio de la mujer casada (2). También consideramos oportuno indicar que algunos autores como ALESSANDRI y SOMARRIVA estiman que la elección de domicilio puede tener lugar en los actos unilaterales; en efecto, los expresados autores afirman: "...puede crearse en los actos unilaterales (como sería el que se indicara en el testamento para los efectos de cumplir un legado) o en las convenciones. En este último caso se llama específicamente domicilio convencional o contractual" (3).

No obstante la opinión de ALESSANDRI y SOMARRIVA, consideramos que en los actos unilaterales y particularmente en el ca-

so propuesto no cabe elección de domicilio pues son dos cosas muy diferentes esta elección y la indicación del lugar donde debe cumplirse un legado por disposición del testador; por ejemplo, si se lega una pensión periódica puede el testador indicar un lugar donde deban hacerse los pagos periódicos, y en tal caso la designación hecha determina solamente el lugar donde el heredero cumplirá su obligación, pero no atribuye competencia para juzgar; por el contrario, la elección de domicilio modifica la competencia.

El domicilio convencional está expresamente admitido por el Código Civil en el artículo 85 conforme al cual "Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato". El análisis de los múltiples aspectos que presenta la elección de domicilio será objeto de las páginas siguientes, pues la disposición, al parecer sencilla, ofrece no pocas dificultades.

PLANIOL (4) critica la definición que generalmente se da del domicilio elegido porque al decir que "es un domicilio ficticio escogido por las partes para la ejecución de una convención" se cae en el peligro de hacer creer que el domicilio de elección es un verdadero domicilio, debiéndose considerar simplemente como una derogación convencional de los efectos del domicilio real. Con todo, consideramos que la expresión no resulta impropia porque, de una parte, produce en el negocio particular para el cual fué elegido los efectos del domicilio general y, de otra parte, resulta conveniente para distinguirlo del lugar acordado para el pago.

La elección de domicilio puede efectuarse en el momento mismo de celebrarse el contrato al cual se refiere y por el mismo acto, que es el caso supuesto por el artículo 85 del C. C., o por un acto posterior. El artículo se refiere al primero por ser el caso más frecuente, pero nada obsta a que se haga posteriormente.

En el primer caso constituye una de las cláusulas del contrato, formando una de las cosas accidentales a que se refiere el artículo 1.501 del C. C., esto es, de aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen. En el segundo constituye una convención encaminada a modificar los efectos del contrato en lo que dice relación a la competencia. CARNELUTTI (5), sin embargo, considera que el acuerdo relativo a la competencia no pertenece a la categoría de los contratos, pues dice:

"...La fuente de la competencia electiva es pues, no la voluntad de una parte, sino la voluntad de ambas. De esta doble voluntad nace un negocio completo que ha de incluirse en la categoría de los acuerdos y no en la de los contratos. También esta afirmación puede darse por demostrada después de todo lo que se ha dicho a propósito del compromiso: las partes cuando consienten en la elección de un oficio judicial diverso del designado por la ley, no llegan a conciliación entre sus intereses divergentes (intereses en litigio), sino a la satisfacción de un interés idéntico, que es

el interés en la idoneidad del juez; puede ocurrir, y debe admitirse así, que la satisfacción de tal interés se halle estimulada en cuanto a cada una de las partes por el interés en litigio; pero si la prosecución de éste es el móvil, no es, en cambio, el resultado del acuerdo y por eso no puede reconocérsele la naturaleza del contrato".

El acuerdo sobre la competencia electiva puede concluirse **ante** o **post litem natam**, y de ahí la distinción entre el acuerdo preventivo y el acuerdo sucesivo, el primero concluido en previsión de un litigio tiene lugar, naturalmente, en el acto de la formación de un contrato y "el acuerdo se forma a su vez junto a éste respecto de los litigios que puedan surgir del mismo, de la misma manera que la cláusula compromisoria" y toma por ello el nombre de **cláusula de competencia**; mas, advierte CARNELUTTI que se le denomina **cláusula** porque normalmente está contenido en el mismo documento que representa el contrato "pero no forma parte de éste ni se dirige a regular la relación que constituye el contrato; es por el contrario un acuerdo que se forma **con ocasión** del contrato y para la regulación el proceso sobre un litigio que puede derivar del mismo" (6).

Sin embargo, sea que se haga la elección al momento mismo de celebrar el contrato incluyendo en él la cláusula respectiva, o que se haga con posterioridad, requiere para su validez las condiciones exigidas por el artículo 1.502 del C. C. para los actos y declaraciones de voluntad, pero especialmente se hace hincapié en dos circunstancias: la capacidad y el acuerdo de las partes.

a). En cuanto a la primera, la elección de domicilio exige capacidad: 1º) para obligarse, o sea, la misma necesaria para la celebración del contrato, bien se haga en el acto mismo o con posterioridad a él; y 2º) para comparecer en juicio o capacidad procesal, es la necesaria para poder intervenir por sí mismo en un proceso, porque la elección modifica la competencia territorial; por consiguiente, el hijo de familia dentro del giro de su peculio profesional e industrial (art. 294 C. C.), el menor bajo curaduría respecto de los bienes adquiridos en el ejercicio de su profesión o industria (art. 528 C. C.) y el habilitado de edad, excepto en lo relativo a sus bienes raíces (art. 247 C. P. C.), pueden hacer válidamente elección de domicilio (7).

b). El segundo es un requisito expresamente exigido por el artículo 85 del C. C., al parecer redundante, porque en el caso por él contemplado la cláusula que lo contiene como las demás del contrato tiene que ser objeto del consentimiento, más todavía si se tiene en cuenta que se trata de una cosa accidental. Lo que ocurre es que la simple enunciación que de su domicilio hacen las partes en el contrato para efecto de individualizarse, no implica elección de domicilio.

Por otra parte, el domicilio generalmente lo impone y elige

el acreedor, y en especial se encuentra la cláusula de competencia como anota CARNELUTTI (8) en aquellos contratos cuyo esquema genérico (las llamadas condiciones generales) se formula por uno de los contratantes y se somete a la aceptación lisa y llana del otro, o sea, en los contratos de adhesión como el contrato de seguro; aún puede darse el caso de que las partes elijan domicilio en lugares distintos, pero se requiere siempre que las partes acepten el domicilio, o los domicilios elegidos, pues, "esta mutua aceptación es lo que le da fisonomía contractual al domicilio de que se habla" (9).

Respecto a la manera como debe hacerse la elección de domicilio no existe, por cierto, acuerdo en la doctrina pues si algunos (MERLIN, LAURENT) consideran que el domicilio convencional debe establecerse en forma expresa, otros, por el contrario, (MOURLON, PLANIOL, JOSSERAND, BAUDRY-LACANTINERIE) admiten que la elección puede resultar de la voluntad de las partes tácitamente manifestada. MOURLON por ejemplo expresa que "puede ser formal; puede ser también implícita, es decir resultar, por vía de consecuencia, de una de las cláusulas del contrato principal..." (10).

Por aplicación de los principios generales se ha dicho que no puede admitirse la constitución del domicilio por manifestación tácita de voluntad porque, implicando la elección la renuncia de un derecho —el ser demandado ante los jueces naturales— tal renuncia no puede presumirse; por otra parte, como el domicilio elegido constituye una modificación de los efectos normales del domicilio, debe constituirse expresamente porque es un axioma que las excepciones no existen si formalmente no se establecen (11).

Sin embargo, se contrargumenta con base en la distinción entre la voluntad tácita y la voluntad presunta; la primera es voluntad real de la persona que no deja dudas en cuanto a su intención; la otra, por el contrario, es una voluntad atribuida por la ley, esta es, una conducta que, por disposición legal se considera como declaración de voluntad (12). Por otra parte, nada importa que se trate de la renuncia de un derecho o de una excepción o derogación de los efectos normales del domicilio si tal ha sido la voluntad de las partes y se ha manifestado claramente, pues no existe disposición legal que limite al respecto el principio general que admite la manifestación tácita de voluntad ya que una excepción a tal principio, para ser admisible tiene que estar expresamente establecida por la ley (13). Además estimamos que si no existe duda en cuanto a la intención de las partes de elegir domicilio para efectos del contrato, debe estarse a dicha intención puesto que el principio de la libertad de formas domina en la declaración de la voluntad.

La aceptación de la manifestación tácita de voluntad en la elección de domicilio ha servido, especialmente en Francia, para estructurar la llamada **Teoría de las sucursales**, ingeniosa solución ju-

risprudencial que tiende a facilitar al público las relaciones judiciales con las sociedades y las grandes compañías, y de la cual nos ocuparemos más adelante al tratar de la importancia del domicilio en el Derecho Comercial.

En Chile la constitución del domicilio contractual por la manifestación tácita de voluntad de las partes no ha sido admitida por Claro Solar y se cita aún el caso de que la Corte de Valparaíso en sentencia de 22 de octubre de 1914 resolvió que el domicilio convencional debe ser expresamente pactado. Claro Solar se basa en que la ley exige el "común acuerdo" y ese común acuerdo no puede existir si no se trata especialmente de establecer un domicilio para el cumplimiento del contrato. Su opinión ha sido refutada porque el "común acuerdo" exigido por la ley significa acuerdo o consentimiento de **todos** los que son partes en el contrato y no acuerdo o consentimiento expreso o especial. Lo necesario, por consiguiente, para que exista el común acuerdo es que la voluntad de las partes exista y se manifieste claramente en forma expresa o tácita.

En el Derecho Italiano si no existe discusión posible en cuanto a la posibilidad de la elección tácita de domicilio toda vez que la elección es allí un acto solemne que debe resultar de una escritura que se exige para la existencia mismo y no únicamente para la prueba de la elección (art. 19 C. C.); de ahí que sea inconcebible la elección tácita de domicilio "ya que la forma solemne no es más que la manifestación expresa de una voluntad determinada" (14).

Ya que hicimos alusión al punto conviene hacer notar que en sentir de PLANIOL (15) si no existe forma especial para la elección de domicilio, si es preciso naturalmente reservarse la prueba porque "como esta elección se hace en general en un contrato, está sometida a la exigencia de la prueba escrita en materia contractual. Pero un comienzo de prueba por escrito es posible".

La doctrina considera que la elección de domicilio puede cumplirse de dos maneras: bien designando una determinada sección territorial como un Municipio o un Circuito o una ciudad, o bien indicando un lugar determinado de un Municipio, Circuito o ciudad, o el domicilio real de un tercero. En unos y otros casos varían los efectos de la elección como veremos en seguida. Lo importante en todo caso es que se haga concretamente y no en una forma vaga; así, cláusulas que fijan como domicilio del deudor "el lugar que el acreedor elija o donde judicialmente se pida el cumplimiento del contrato" u otras semejantes no importan, por su vaguedad, fijación de un domicilio civil especial, como acertadamente lo ha resuelto la jurisprudencia chilena (16).

Cuando la elección de domicilio se hace mediante la indicación de un municipio o circuito produce el efecto de atribuir competencia especial al juez del domicilio elegido. En cambio cuando

se hace con indicación de un lugar determinado (oficina o cosa o con indicación de una persona) de una ciudad o circuito produce un doble efecto: 1º Es atributivo de competencia; 2º Determina el lugar donde deben hacerse las notificaciones.

1.—Atribución de competencia.—Siendo la elección de domicilio una modificación preventiva de la competencia territorial, atribuye una competencia prorrogada a una autoridad judicial (la del domicilio elegido) que por razón del territorio sería incompetente (17); de esta manera, si en un contrato de compraventa se fijó a Bogotá como domicilio especial serán los jueces de esa ciudad los competentes para conocer del litigio originado por la discrepancia de las partes en cuanto al desarrollo de las relaciones jurídicas creadas por el contrato.

La atribución de competencia es, pues, el efecto normal que produce siempre la elección de domicilio, punto sobre el cual está de acuerdo la doctrina. Mas las diferencias surgen cuando se trata de determinar el alcance, especialmente en lo tocante a la acción de nulidad del contrato, y a las limitaciones que puedan fijarse.

En lo tocante a la limitación de los efectos sobre la competencia ha sido materia de discusión el punto relativo a la admisibilidad del acuerdo en virtud del cual el domicilio elegido no produzca su efecto normal de modificar la competencia. En efecto, mientras algunos autores como BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES FOURCADE aceptan dicho acuerdo, otros como PLANIOL y FERRARA lo rechazan por considerar que la prórroga de competencia es la razón de ser fundamental de la elección de domicilio y, en consecuencia, en ningún caso puede faltar (18).

Semejante discusión carece de importancia entre nosotros toda vez que con arreglo al artículo 85 C. C., la elección de domicilio puede hacerse no solo para los actos judiciales sino también para los "actos extrajudiciales" a que diere lugar el contrato. De manera que de acuerdo con el texto del Código las partes pueden establecer domicilio para los efectos judiciales y extrajudiciales, para los efectos judiciales únicamente, o solo para los extrajudiciales; así, en un contrato de mutuo puede establecerse domicilio para el efecto de hacer, por ejemplo, el requerimiento necesario para constituir en mora al deudor.

En punto a la acción de nulidad del contrato al cual se refiere la elección de domicilio, consideran algunos que debe ejercitarse ante el juez del domicilio real, mientras otros opinan que puede proponerse ante el juez del domicilio convencional. La solución del caso no carece en verdad de interés especialmente cuando media la cláusula de competencia exclusiva.

La mayoría de los autores acogen la primera opinión porque consideran que la nulidad pugna con el cumplimiento del contrato y porque sería cuando menos contradictorio que la parte que ale-

ga nulidad se fundase en las mismas cláusulas del contrato cuya nulidad pretende. PLANIOL y SAVATIER (19) se expresan en los términos siguientes: "...la elección de domicilio no se extiende en principio a la acción de nulidad del acto jurídico a que concierne, toda vez que si la sumisión o elección de domicilio es un pacto accesorio, hacerla valer equivaldría a suponer que es válido el contrato que se tacha de nulo. Este criterio no significa más que una interpretación probable de la voluntad de las partes; pero ello no impide que las partes no puedan hacer de la elección de domicilio una convención independiente de la validez del acto o contrato...".

Quienes opinan que la acción de nulidad puede interponerse ante el juez del domicilio convencional se fundan en la presunción de validez que acompaña a todo acto mientras el juez no declare su nulidad. Mejor fundada nos parece ésta opinión por las siguientes razones:

En primer lugar, porque toda nulidad tiene que ser judicialmente declarada o al menos constatada por el juez, y mientras tal cosa no ocurra el acto se reputa válido y produce previsoriamente sus efectos; tal principio se basa en dos axiomas: ejes de nuestro derecho. "Dice el primero: las vías de hecho son prohibidas, o bien, nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Para defender este principio se fundaron las instituciones judiciales... Dice el segundo: cuando un acto presenta las características aparentes de la validez, produce provisoriamente sus efectos, mientras aquel a quien se le opone no demuestra su invalidez" (20). Quienes sostienen la primera tesis aceptan implícitamente que la nulidad se produce de **pleno derecho** o que los particulares pueden, haciéndose justicia por sí mismos, declarar unilateralmente la nulidad sin tener que recurrir a ninguna autoridad judicial, olvidan por consiguiente que la nulidad tiene que ser judicialmente declarada.

En segundo lugar, dentro de la legislación colombiana está mejor fundada la opinión de que la acción de nulidad puede intentarse ante el juez del domicilio elegido, y, aún tiene que serlo en caso de la cláusula de competencia exclusiva, porque nuestro Código no expresa, como otras legislaciones, que el domicilio convencional se establece para la ejecución del contrato sino para los "actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar" y la acción de nulidad se traduce en un acto judicial "a que da lugar el mismo contrato" (21), el cual se presume válido hasta que el juez declare lo contrario y mientras no exista tal declaración debe cumplirse.

La modificación de la competencia territorial mediante la elección de domicilio puede referirse bien a la ampliación de la competencia o a la derogación de la misma, formas a las cuales corresponden las cláusulas de **competencia** y la de **competencia exclusiva**, respectivamente. Expresando en otra forma, el acuerdo de

los contratantes puede más bien que limitarse a prorrogar la competencia o sea a atribuirla al juez que carecía de ella, ser eficaz para privar de ella al juez al que dicha competencia correspondía.

En efecto, en la modificación de la competencia que se fija por razón del territorio cabe distinguir lógicamente dos fenómenos diferentes: la **prórroga** y la **derogación**; la primera consiste en atribuir competencia a un juez que de acuerdo con la ley de ella carecía, y la derogación implica privación de la competencia al juez que de ella estaba dotado para atribuírsela al del lugar elegido. Estos dos fenómenos los resume así CARNELUTTI: "...La **prorrogación** es la forma menos grave de desplazamiento; se produce cuando el oficio investido de la competencia principal no la pierde, pero adquiere asimismo competencia un oficio distinto; entonces, más que verdadero desplazamiento, lo que media es la ampliación de la competencia". "...La **derogación**, en cambio sirve para indicar no solo la atribución de competencia a un oficio que no tendría competencia principal, sino la denegación de ésta al oficio que estaría dotado de ella en otro caso".

MATTIROLO (22) expresamente no habla de tales fenómenos al tratar de la elección de domicilio pero admite la posibilidad de la "derogación convencional que podría llamarse absoluta"; por ello afirma: "...por regla general, la elección, de domicilio no deroga el orden de las competencias legales territoriales de un modo absoluto y obligatorio; porque la ley, presumiendo que la elección ha sido hecha en interés exclusivo del actor, deja a éste la facultad de renunciar a ella y, por tanto le permite elegir entre el foro ordinario y el de elección. Pero (ya lo hemos advertido repetidas veces) las presunciones juris tantum deben ceder ante prueba directa en contrario; por consiguiente, si los términos de la convención demostrasen la precisa voluntad de los contratantes de renunciar a la facultad que les atribuye la ley de acudir al juez competente según los principios generales, la derogación convencional podría llamarse absoluta, y el único juez competente sería el del domicilio elegido...".

A decir verdad, las disposiciones de la ley tanto sustantiva como procesal (arts. 85 C. C. y 152 regla 3ª C. de P. C.), que contemplan la elección de domicilio, no hacen distinción ninguna entre **prórroga** y **derogación** como consecuencia de la elección de domicilio y parecen referirse sólo al caso de prórroga. Sin embargo consideramos que tal distinción no sólo es compatible con la legislación colombiana sino que debe admitirse lógicamente como consecuencia de la facultad reconocida en forma expresa a los particulares de modificar con sus pactos las normas legales que rigen la competencia por razón del territorio. Además, si la ley hace a los particulares árbitros de su propia conveniencia o utilidad, pueden éstos pactar en cada caso la forma que mejor convenga

a sus intereses; así, pueden crear un domicilio especial concurrente con el domicilio de las partes o un domicilio exclusivo cuyo carácter de exclusividad resta toda eficacia al domicilio de las partes en orden, especialmente, a la competencia del juez para conocer de los litigios originados del contrato.

La legislación italiana al igual que la nuestra, no contempla la derogación de competencia en las disposiciones legales que recogen la elección de domicilio, pero, como afirma CARNELUTTI (23) "...la admisibilidad de la derogación, firme y ampliamente reconocida en la práctica, al menos en materia de competencia territorial, se deduce con seguridad, por vía de analogía iuris, del sistema de la competencia relativa dominado por el principio de que el acuerdo de las partes es el índice más delicado para la elección del oficio y, por tanto, no sólo para indicar un oficio igualmente idóneo, sino también un oficio más idóneo que el designado por la ley".

Conforme a lo expuesto, la simple elección de domicilio, o sea, la **cláusula de competencia** produce el efecto de prorrogar la competencia al juez del lugar designado que por razón del territorio sería incompetente, en tanto que la elección de domicilio mediante la llamada **cláusula de competencia exclusiva** produce la derogación de la competencia. En consecuencia, no compartimos la opinión de quienes, como el doctor HERNANDO MORALES (24) consideran que el *forum domicilii electi* es exclusivo.

Para nosotros el "*forum domicilii*" proveniente de la simple cláusula de competencia es fuero concurrente con el fuero general, de manera que puede el actor proponer la acción ante el juez del domicilio elegido o ante el juez del domicilio del demandado sin que éste pueda oponer la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, pues la cláusula del contrato por medio de la cual se fijó un domicilio especial atribuye competencia a la autoridad judicial del lugar designado pero sin privar de ella al juez del domicilio ordinario; empero, algunos autores distinguen para cada caso, en favor de quien se hizo la elección, considerando que ésta puede hacerse: en interés exclusivo del acreedor, en interés exclusivo del deudor, o en interés de ambos. En el primer caso la elección de domicilio es un beneficio para el acreedor, una excepción al régimen ordinario de la cual no está obligado a usar: puede entonces a su amañó acudir al domicilio elegido o ante el juez del domicilio del demandado; en el segundo caso, la excepción, el favor es para el deudor y no queda por tanto al arbitrio del acreedor elegir entre el fuero ordinario y el de elección; igual resultado se produce en el caso de elección en interés común del acreedor y del deudor.

No compartimos las anteriores conclusiones a las cuales llega MOURLON (25) porque tenemos por cierto que en cualquiera de tales casos la elección de domicilio produce ampliación o prórroga

de competencia; otra cosa es que dicha prórroga pueda hacerse en beneficio exclusivo del deudor, pero de ello no se sigue necesariamente que la elección de domicilio produzca el efecto de derogar la competencia ordinaria, salvo que la elección no deje duda sobre la intención de las partes de derogarla.

En cambio, cuando media la **cláusula de competencia exclusiva** el "forum domicilii" tiene carácter de exclusividad pues hace al juez del lugar elegido único juez competente para conocer cualquier acción referente al contrato; en este caso no tiene el actor facultad de elegir entre el foro ordinario y el de elección y el demandado puede siempre oponer la excepción de incompetencia cuando el actor no proponga la demanda ante el juez del domicilio elegido.

Dadas las consecuencias que de uno y otro caso se derivan, la cláusula por la cual hacen las partes elección de domicilio, debe interpretarse siempre en forma **restrictiva**, como excepción que es a las reglas generales de competencia.

Por consiguiente, dicha cláusula debe entenderse que prorrogue simplemente la competencia salvo que la intención de las partes claramente manifestada, sea derogar la competencia y no simplemente prorrogarla; así, como la **cláusula de competencia exclusiva** implica renuncia del derecho de ser demandado ante los jueces designados por la ley, tal renuncia tiene que resultar de la voluntad de las partes claramente manifestada porque, de conformidad con el principio general, la renuncia de los derechos no se presume.

Por ello expresa CARNELUTTI: "...Naturalmente, la derogación, ya que no la ampliación, no se podrá considerar sino en cuanto la interpretación del acuerdo permita deducir la intención común de las partes, no ya de atribuir competencia al oficio designado por las partes, sino de quitarla al oficio designado por la ley...".

En punto a la interpretación de la cláusula por la cual se fija domicilio convencional son aplicables las reglas de interpretación de los contratos, pues forma parte de un contrato como una de aquellas cosas que el Código llama accidentales; por consiguiente, es aplicable la regla del artículo 1.618 del C. C. conforme a la cual conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; si las partes, por ejemplo, dicen en el contrato que para los efectos legales fijan su "residencia" en determinado lugar, debe interpretarse la cláusula en el sentido de que su intención es fijar domicilio convencional, por la aplicación de la regla del artículo 1.620, según la cual "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Así lo ha admitido la Corte Suprema de Chile como expresan ALESSANDRI y SOMARRIVA (26).

II.—Determinación del lugar en que deben efectuarse las notificaciones.—En cuanto al efecto atribuido a la elección de domicilio de determinar el lugar donde deben hacerse las notificaciones, guarda silencio nuestro Código, al contrario del francés que expresamente dispone que las notificaciones pueden ser hechas en el domicilio elegido.

Considera la doctrina que cuando la elección de domicilio no se limita a designar una ciudad, municipio, circuito o Tribunal sino que expresa además una casa (27), una oficina, el nombre de un tercero (28), o contiene la indicación de "una persona que representará al deudor y de la casa donde esta persona habita" (29) no sólo produce el efecto de atribuir competencia al juez del lugar, sino que indica también el lugar donde las notificaciones deben surtirse.

- Tal concepto se funda en la existencia de un mandato; por ello expresa MATTIROLO (30): "...Para que la elección de domicilio produzca el primer efecto bastará que se haya elegido un domicilio en un municipio cualquiera del Reino, sin necesidad de otras indicaciones; en cambio, para que de la misma nazca el segundo efecto es necesario que se indique una persona o se designe una oficina en la cual se elija el domicilio; y **la persona o la oficina indicados se consideran mandatarios para recibir todas las indicaciones relativas al acto para que se hizo la elección.**" ("Subrayamos). De paso cabe anotar cierta impropiedad porque una casa o una oficina no pueden ser mandatarios de nadie y creemos que MATTIROLO quiso referirse a la persona a cuyo cargo está la oficina designada.

En forma semejante se expresan PLANIOL, RIPERT y SAVATIER (31): "...El domicilio puede ser elegido, no solamente en un lugar sino en la casa de una persona designada. Implica, entonces para ésta última, mandato para recibir las notificaciones de las diligencias dirigidas al elector. Los beneficiarios de la elección de domicilio están por lo menos autorizados para suponer un mandato y para notificar los actos a la persona designada...". Las facultades del mandatario se reducen a la recepción y transmisión de las notificaciones al mandante, y no tiene ninguna iniciativa jurídica, salvo estipulación en contrario, pero le está prohibido hacerse cargo de intereses contrarios a los de su mandante. "Si el mandato no ha sido aceptado aquel en cuya casa (sic) ha sido designada como domicilio elegido, no está obligado ni a recibir ni a transmitir los documentos que se le entreguen. Si los recibe, no obstante, no se le considerará sino como un depositario obligado a conservarlo a la disposición de los interesados" (32).

Aunque es muy puesta en razón la tesis del mandato cuando existe designación de una persona, tal vez no pueda aplicarse, sin embargo, al caso de designar solo una oficina o una casa sin expresar el nombre de ninguna persona en particular; mas, hecha la

elección en una o en otra forma el efecto de indicar el lugar donde deben hacerse las notificaciones se produce, porque la elección así hecha a más de indicar el asiento jurídico de la persona para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el contrato, indica un lugar que para los mismos actos la persona asimila a su residencia; por consiguiente, el demandante en el escrito de demanda puede citar como residencia del demandado para llenar los requisitos del artículo 205 del C. de P. C., la casa u oficina designada en el contrato haciendo mención de tal circunstancia; y en el mismo lugar será buscado el demandado para efecto de notificarle el auto que le confiere traslado de la demanda.

Puede ocurrir que el demandado no se encuentre allí —será lo más frecuente— ni que la persona haya aceptado el mandato; en tales eventos creemos que debe procederse como en el caso del demandado ausente o incierto, de conformidad con el artículo 317, o sea, citarlo por medio de edicto emplazatorio que dura fijado un mes en la secretaría del Juzgado, que se publica por tres veces en un periódico de la localidad, en el periódico oficial o en el Diario Oficial, y si transcurridos diez días más no se presenta se le nombra curador ad litem; cumplidas estas diligencias no puede el demandado alegar la causal de nulidad que contempla el ordinal 3º del artículo 448 del C. de P. C., o sea, la proveniente de la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, porque el emplazamiento se cumplió a causa de hallarse ausente del lugar donde el demandado manifestó que estaría por sí mismo o representado por otra persona. Lo anterior no obsta a que el demandante, a fin de evitar la dilación del proceso por virtud del emplazamiento, exprese en el escrito de demanda el lugar de la residencia legal del demandado para que la notificación se haga por medio de Juez comisionado en los términos de artículo 314 del C. de P. C.

En ésta última forma creemos que debe procederse cuando la elección de domicilio no se hizo con designación de una casa, oficina, o persona no obstante la opinión de quienes consideran que aún en tal caso las diligencias de notificación deben practicarse en el domicilio convencional, porque de lo contrario éste perdería gran parte de su valor (33).

El efecto de la elección de domicilio en lo relativo a las notificaciones guarda cierta semejanza con la figura jurídica denominada "constitución de domicilio procesal" contemplada en el artículo 313 del C. de P. C. en virtud del cual las partes y sus apoderados tienen obligación de poner en noticia del Juez de la causa cuál es su casa de habitación u oficina y si no la tiene, cuál es la que designen para que en ella se les hagan las notificaciones personales. Esta indicación debe hacerse por el demandante desde la iniciación del juicio y por el demandado u opositor cuando se le hace la primera notificación".

Más, entre las dos figuras existe apreciable diferencia; la elección de domicilio es un acto libre de los particulares, que pueden llegar a ella o abstenerse a su arbitrio; por el contrario, la constitución del domicilio procesal en cambio, es obligación impuesta por la ley en orden a proveer en la mejor forma a la expedición de las prácticas judiciales.

De lo expuesto se deduce que el domicilio elegido presenta características propias que lo diferencian del domicilio real o general de la persona. Ambos convienen en su naturaleza, esto es, en cuanto constituyen asiento jurídico de la persona en orden a la eficiencia de las relaciones jurídicas, pero difieren notablemente por varios aspectos, a saber:

I.—El domicilio real o general constituye el asiento jurídico de la persona para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de sus obligaciones en general, salvo los casos de excepción; se aplica por consiguiente a todo acto relativo a negocios para los cuales no se haya designado domicilio especial; por el contrario, todo domicilio de elección es un domicilio especial escogido para un negocio determinado que sólo tiene efecto para los actos a que diere lugar este negocio: para los demás actos subsiste el domicilio real. Esta es consecuencia de la aplicación del principio general de las convenciones conforme al cual el alcance de ellas queda restringido y determinado por su objeto (34).

II.—El domicilio general se crea unilateralmente o es impuesto por la ley; en cambio, el domicilio elegido nace de un acuerdo de voluntades y tiene por consiguiente un carácter contractual, del cual se derivan importantes consecuencias:

a) Por ser cláusula accesoria que forma parte de un contrato dura lo que éste y subsiste, por consiguiente, hasta la extinción de las relaciones jurídicas originadas del contrato; así lo entienden ALESSANDRI Y SOMARRIVA quienes (35) textualmente expresan: "El domicilio elegido subsiste hasta que se ejecute enteramente el acto para el cual ha sido elegido". Sin embargo, no sin temor consideramos que aún ejecutado enteramente el acto, vale decir, cumplidas las obligaciones nacidas del contrato, subsiste el efecto atributivo de competencia dado que el art. 85 del C. C. no limita la elección a los actos relativos a la ejecución del contrato sino que expresamente se refiere a los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato, y bien es sabido que no obstante la realización de las prestaciones debidas, el contrato puede dar lugar a actos judiciales posteriores. Así, por ejemplo, la acción rescisoria de la venta por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato (art. 1.954 C. C.); éste puede haberse cumplido, esto es, que el comprador haya pagado el precio y el vendedor entregado el inmueble, y sin embargo, la acción subsiste; por tanto, si en el contrato se estipuló domicilio especial creemos que la persona lesionada puede ejercitar la acción de