

El domicilio

RAFAEL ALVAREZ VIGARAY
(Profesor Adjunto de Derecho civil)

SUMARIO: 1. Importancia jurídica del domicilio.—2. Concepto de domicilio.—3. Sistemas de determinación.—4. Naturaleza jurídica.—5. Clases de domicilio.—6. Domicilio voluntario: adquisición y pérdida.—7. El problema de la unidad o pluralidad de domicilios.—8. Carencia de domicilio.—9. Domicilios legales.—10. Consideración especial del domicilio de la tutela.—11. Domicilio electivo.—12. Domicilio de las personas jurídicas.—13. La residencia y el paradero.

1. *Importancia jurídica del domicilio.*—Entre los comentaristas del Código civil (1) está extendida la creencia de que el domicilio tiene una importancia jurídica secundaria, pues sus efectos jurídicos se limitan casi a las consecuencias procesales de determinación de la competencia de los tribunales.

Ciertamente, uno de los efectos del domicilio, es el de servir en muchos casos para la determinación de la competencia de los tribunales; pero éste es solamente uno más de los múltiples efectos que están concatenados al domicilio, pues, como observa De Castro (2), una enumeración completa de las disposiciones jurídicas que utilizan el concepto de domicilio, para localizar efectos de las relaciones jurídicas, exigiría un previo y detenido estudio de casi todas las instituciones jurídicas. Es más, el domicilio regulado por el Código civil despliega sus efectos no sólo en todo el ámbito del Derecho privado, sino también en el Derecho procesal civil y en el Derecho internacional privado.

En el ámbito del Derecho civil existen numerosos intereses para la determinación del domicilio. En el domicilio es donde principalmente es conocida la persona; por ello se organiza en él la publicidad de ciertos actos concernientes al estado civil de la persona de los cuales tendrían difícilmente conocimiento los terceros, si no existiera esta especie de puerto de amarre de la persona que es el domicilio.

(1) Entre otros, MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. I, 6.^a edición, Madrid, 1943, págs. 307-311.

(2) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, págs. 453-454.

En este sentido, es en el domicilio de los futuros cónyuges donde se efectúan las proclamas de su matrimonio (art. 89 C. c.), por ser el lugar donde es más fácil que los terceros tengan conocimiento de la existencia de impedimentos. Asimismo, el domicilio fija la competencia del juez municipal para la celebración del matrimonio y es el lugar donde se han de inscribir los actos referentes al estado de la persona en general, y en especial, respecto a la nacionalidad, vecindad civil y matrimonio.

En segundo término, es necesario, a veces, centralizar algunas instituciones para evitar una gestión fragmentaria que podría resultar perjudicial, y así la tutela se ejerce en el domicilio del tutor; las operaciones de la quiebra o del concurso se efectúan ante los tribunales del domicilio del quebrado o concursado; la herencia se centraliza en el último domicilio del causante.

En tercer término, el domicilio es el lugar donde la persona tiene centralizada su vida, y por tanto en donde normalmente ha de cumplir los deberes que se le imponen y ha de pagar sus deudas.

En cuarto lugar, para los terceros que están obligados a reclamaciones o notificaciones es importante que se fije un lugar donde se estimen efectuados válidamente esas notificaciones o requerimientos, y ese lugar es el domicilio. Así, no es necesario notificar todos los actos a la persona misma, es decir, entregarle en propia mano los documentos, pues sería de temer que cada vez que tuviera interés en ello se ocultara. Hay por tanto que decidir que será tenida por válida una notificación hecha en el domicilio y que corresponde a la persona que abandona momentáneamente su domicilio el mantenerse informada de los documentos que en él recibe.

En Derecho internacional privado el domicilio ha perdido la transcendental importancia que antiguamente tuvo para determinar el estatuto personal de cada individuo. Si bien lo sigue determinando todavía en el Derecho anglosajón. No obstante, en el Derecho internacional privado, el domicilio sirve aún como estatuto personal subsidiario, a falta de nacionalidad. Además es el fuero general determinante de la jurisdicción sobre los extranjeros.

Finalmente, en Derecho procesal, como queda indicado, el domicilio determina en numerosos supuestos la competencia de los tribunales. Además, se tiene en cuenta como lugar en que se han de efectuar las citaciones judiciales, y también como lugar en que se ha de averiguar la pobreza en el expediente para ser defendido y litigar como pobre.

2. *Concepto de domicilio.*—Establecida la importancia del domicilio por las múltiples y varias consecuencias jurídicas que produce, procede en primer lugar precisar la noción del mismo y establecer qué se entiende por domicilio.

Como observa De Castro (3), las definiciones del domicilio pueden realizarse siguiendo un doble criterio: cabe atender a los requisitos que ha de tener un lugar para ser domicilio, o bien a la eficacia jurídica atribuída al domicilio. La definición legal tiene en cuenta ambos aspectos, pero lo caracteriza como el lugar de residencia habitual de la persona para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, es decir, atiende preferentemente al primero de los aspectos señalados.

Precisando más lo define De Castro (4) como el lugar de residencia habitual de la persona, en cuanto medio principal para la localización jurídica de dicha persona. Una definición atendiendo a la eficacia jurídica del domicilio es la que propugna Enneccerus, al decir (5) que domicilio es un lugar que el Derecho considera como el centro de las relaciones de una persona.

3. *Sistemas de determinación.*—Pero, para una más detallada comprensión de lo que es el domicilio y de la causa de las notables diferencias de las definiciones que sobre él existen en las legislaciones y en la doctrina jurídica, conviene exponer brevemente los diversos sistemas posibles de determinación del domicilio.

En un primer sistema el domicilio se fija teniendo en cuenta los intereses y las actividades de la persona, sin preocuparse de su verdadera residencia. El domicilio en este sistema se encuentra en el lugar del establecimiento principal. Este sistema es el seguido por el Derecho francés y, aunque lleva consigo notables inconvenientes que después estudiaremos, no deja de implicar algunas ventajas; entre ellas pueden citarse la estabilidad, porque, por regla general, el centro de las actividades, el establecimiento principal es fijo, no cabe cambiarlo continuamente, como sí se puede cambiar de residencia. Por otra parte, es en el establecimiento principal donde la mayor parte de los terceros se relacionan con la persona, y por tanto para ellos será más cómodo que su domicilio se encuentre en ese lugar.

Pero, al mismo tiempo que estas ventajas, el sistema de domicilio seguido en el Derecho francés lleva consigo una serie de inconvenientes, que prácticamente anulan las ventajas. Uno de esos inconvenientes es la multiplicidad actual de las actividades de la persona: cuando un individuo tiene varias actividades en diferentes lugares, los terceros se encontrarán con el difícil problema de determinar cuál de ellas es la principal. Por el contrario, un individuo puede no tener ninguna actividad, y entonces será difícil determinar el centro de sus negocios.

Además el concepto del domicilio del Derecho francés tiene el inconveniente de que está íntimamente ligado con el concepto de patri-

(3) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 450.

(4) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 450.

(5) *Tratado de Derecho Civil*, trad. y notas de Pérez González y Alguer, tomo I, vol. 1, Barcelona, 1934, pág. 403.

monio. El domicilio es el centro de los negocios, es decir, el lugar geométrico de su patrimonio. Y, de la misma manera que toda persona tiene un patrimonio, en el Derecho francés todo individuo ha de tener un domicilio. Finalmente, como regla, la persona sólo puede tener un domicilio, de la misma manera que por regla o norma general sólo tiene un patrimonio.

De este modo en el sistema francés el domicilio reúne los caracteres de fijeza, es decir, ser fijo, obligatorio y único. Estos caracteres chocan con la realidad práctica y han obligado a la jurisprudencia francesa a atenuarlos, porque determinar el domicilio sin tener en cuenta la residencia era obligar a los terceros a efectuar indagaciones difíciles y la unidad de domicilio presentaba serios inconvenientes cuando una persona tenía intereses diversos en varios lugares; por eso el Derecho positivo francés se ha encontrado en la necesidad de tener en cuenta cada vez más la residencia, considerándola como elemento de la determinación del domicilio, y además con la doctrina jurisprudencial del domicilio aparente y la admisión de la existencia de domicilios secundarios quiebra, en gran medida, la doctrina o principio del domicilio único.

El segundo sistema de fijar el domicilio es ateniéndose a la residencia. En este sistema los terceros pueden confiarse en las circunstancias reales; si un individuo reside en un lugar, en él se encuentra situado su domicilio. Pero la residencia por sí sola es un dato inseguro, porque puede ser modificada en cualquier instante por la persona que quiera escapar a las demandas judiciales. Por eso nuestro Código civil, que como hemos visto sigue el sistema de la residencia, añade a él un ulterior requisito que es la habitualidad.

Con eso, en nuestro Derecho, el domicilio reviste los caracteres de ser personal, es decir, que cualquier persona, sea español o extranjero, puede tener domicilio, a diferencia del Derecho francés en el cual el extranjero sólo puede tener un domicilio de hecho, y de ser realista, pues se basa en el hecho real de la residencia y descarta ficciones como la conservación indefinida del domicilio de origen, a la cual acude la doctrina francesa en un ineficaz esfuerzo por mantener el principio de la necesidad del domicilio; finalmente, en nuestro Derecho, el domicilio ha de ser concretado según la norma que a él se refiere y puede referirse al territorio de un Estado, o a una provincia o territorio con especial legislación, y entonces determina la ley aplicable o la jurisdicción, o bien a un distrito o pueblo, y entonces determina la competencia, o en fin a una casa habitación, como cuando se establece que el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor.

El tercer sistema que cabe imaginar para la determinación del domicilio es aquel en que la persona podría fijar a su voluntad su domicilio, con la condición de que, una vez elegido éste, no podría modificarlo sin ciertas formalidades. En este sistema los terceros encuentran la

ventaja de una gran seguridad. Es este el domicilio elegido, que como domicilio especial consideraremos más adelante al hablar de las clases de domicilio.

4. *Naturaleza jurídica.*—Muy debatida es la naturaleza jurídica del domicilio. A juicio de Von Tuhr (6) y de Aubry et Rau (7), se trata de una relación jurídica, que podría sintetizarse diciendo que el domicilio es la relación entre una persona y un lugar. Pero en contra observa Planiol (8) que el domicilio es simplemente un lugar. De todos modos, hay que tener en cuenta que el domicilio no es un concepto de mero hecho, sino que tiene naturaleza jurídica; ciertamente que, al definirlo en nuestro Derecho como «el lugar de residencia habitual» casi siempre coincide con la residencia permanente de hecho, con el lugar en que se habita; pero no es necesario que así sea, por ejemplo, si un menor de edad se marcha a otro lugar sin asentimiento de su representante legal, no tendrá en él su domicilio, y a veces el domicilio legal radica en lugar distinto al de la residencia.

En nuestro Derecho el domicilio es simplemente una situación de la persona, que influye sobre una serie de relaciones jurídicas y que, en contra de los pareceres antes aducidos, no puede estimarse como relación jurídica entre la persona y el lugar de su residencia, pues la persona no está ligada por ningún vínculo jurídico al lugar y éste simplemente sirve para localizar a la persona a ciertos efectos.

5. *Clases de domicilio.*—El domicilio que se fija por la residencia habitual en un lugar es el llamado domicilio real; pero además de por la residencia habitual, cabe fijar el domicilio por la ley (domicilio legal) o por la voluntad de las partes (domicilio electivo). Así puede clasificarse el domicilio por sus efectos en general (en el que radican la generalidad de los efectos señalados al domicilio) y especial o electivo (que se constituye para una relación o negocio determinados). Por su origen el domicilio se clasifica en voluntario o legal.

Una clasificación tripartita por la fuente u origen del domicilio es la que distingue entre: 1. Domicilio voluntario, que es el lugar de residencia habitual, el cual depende en principio de la voluntad de la persona; 2. Domicilio legitimo, creado por la ley en favor de la mujer casada, de los hijos sometidos a la patria potestad y de las personas sometidas a tutela, y 3. Domicilio necesario, que es el señalado por la ley al empleado, al militar y al diplomático. De todos ellos el tipo básico y general de domicilio es el domicilio voluntario, que será estudiado como figura central, y después aludiremos a las otras clases de domicilio como formas especiales de esta institución.

(6) *Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I-2, Buenos Aires, 1946, página 76, nota 1.

(7) *Cours de Droit Civil français*, 5.^a edic. t. I, § 141, texto y nota 1.

(8) PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, París, 1925, pág. 155; RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. I, París, 1956, pág. 382.

6. *Domicilio voluntario: adquisición y pérdida.*—El domicilio voluntario es el que se establece libremente y se funda en la elección de la residencia habitual. Este domicilio, pues, depende de la voluntad individual a la cual nada impide situarlo incluso fuera de España. El domicilio voluntario es el regular o normal.

Según la opinión dominante, el domicilio voluntario se constituye por la concurrencia de dos requisitos: la voluntad de establecerse o residir permanentemente en un lugar y por el establecimiento efectivo en ese lugar. La voluntad tiene que orientarse a constituir en el lugar el centro de las relaciones de la vida. Así el que vive en el campo y sólo tiene en la ciudad un despacho, un local de negocios o un taller, no tiene su domicilio voluntario en la ciudad, a lo sumo podrá tener en ésta un domicilio comercial.

Además hay que querer establecerse con carácter permanente, es decir, no para siempre, pero sí por largo tiempo, hasta que haya una razón para mudar el domicilio; por tanto es menester que no tenga un carácter meramente temporal, para un fin determinado y por el tiempo que este dure. No obstante, el domicilio puede conciliarse con el propósito o la esperanza de cambiarlo, si se presentan ciertas circunstancias, como, por ejemplo, en el caso del funcionario que calcula obtener un traslado.

La voluntad de establecerse tiene que ser ejecutada por actos exteriores, por lo general es necesario que el interesado ocupe una vivienda o por lo menos la alquile. El alojamiento en un hotel, en principio, es insuficiente para constituir el domicilio, a no ser que tenga simplemente el carácter de un acomodo, con el propósito de residir en él indefinidamente, establemente, o al menos hasta encontrar vivienda.

Estos dos elementos de la constitución del domicilio, que señala la doctrina, están contenidos en la definición de domicilio del artículo 40 C. c., pues, al decir que el domicilio es «el lugar de la residencia habitual», comprende dos elementos: 1.º La residencia o elemento físico y 2.º La voluntad de residir de modo estable o elemento intencional. El primer elemento se exige de modo expreso; en cambio, el segundo va implícito en la expresión «residencia habitual». En este sentido, la habitualidad es interpretada por unos como intención de establecerse de modo permanente en un lugar y, por otros, en el sentido de residencia prolongada en un lugar.

Los partidarios de la primera interpretación aducen que, de seguir esta segunda interpretación, que entiende la habitualidad como residencia prolongada en un lugar, habría que esperar a que transcurriera cierto tiempo desde el establecimiento de la persona en un lugar, para poder atribuir a su residencia carácter habitual y, en cambio, de seguir la interpretación de la habitualidad como intención de establecerse permanentemente en un lugar, basta con que una persona se establezca en un lugar con intención de permanecer en él, para que se entienda que está allí constituido su domicilio civil.

Pero a esta interpretación se le objeta que si bastará un día o un momento de residencia con ánimo de permanencia, para que se constituya un domicilio y termine el anterior, aunque al momento o al día siguiente se establezca otro de igual modo. Por eso se señala que la habitualidad es un carácter de la residencia, que ha de deducirse de la manera de residir y no de una investigación psicológica.

En cuanto a la prueba del domicilio hay que distinguir la cuestión de Derecho de la cuestión de hecho. El precisar qué requisitos ha de tener el domicilio y su respectivo valor es cuestión de Derecho; en cambio es cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a los tribunales de instancia, el decidir si en el caso en litigio existen dichos requisitos de residencia y habitualidad.

Para la prueba de la existencia o inexistencia de la residencia habitual son admisibles todos los medios de prueba que reconoce el Derecho. Como indicios más importantes tenidos en cuenta por la jurisprudencia pueden citarse: las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes del término municipal, haber sido emplazado por otro motivo judicialmente en determinado lugar, acta notarial de declaración del portero del edificio, vivir con la familia, tener un establecimiento mercantil y, finalmente, presunción de continuar residiendo en el antiguo domicilio.

De la misma manera que para constituir el domicilio son necesarios la residencia y la intención de que ésta tenga carácter habitual, para la cesación del domicilio son también necesarios dos requisitos:

- 1.º Que la persona vaya a habitar efectivamente a otro lugar.
- 2.º Que lo realice con la intención de establecer en el nuevo lugar elegido su residencia habitual.

La determinación de la concurrencia de estos dos requisitos, especialmente el de la intención de establecer en el nuevo lugar la residencia habitual, es cuestión de hecho, por lo que está reservada la apreciación de ella a los tribunales de instancia. Pero como quiera que la cesación o abandono del antiguo domicilio no requiere, en nuestro Derecho, la constitución de uno nuevo, puede decirse que los requisitos para la cesación del domicilio son: la voluntad de abandonarlo, es decir, la intención de no considerarlo como lugar de residencia habitual, y la realización de esa voluntad mediante la correspondiente conducta. Por ejemplo, no abandona el domicilio quien desocupa la vivienda y deposita o almacena sus muebles, proyectando partir para un largo viaje y, a su regreso, ocupar otra vivienda en la misma población. Tampoco abandona el domicilio quien tiene la firme resolución de dejarlo para siempre, pero no efectúa ninguna conducta para realizar ese propósito.

La prueba de la intención de trasladar a otro lugar la residencia habitual dependerá de las circunstancias, pudiéndose atender a una serie de indicios, de los cuales ninguno tiene un valor absoluto, pero de cuyo conjunto el tribunal de instancia puede decidir libremente si el

domicilio ha sido o no trasladado. De esas circunstancias las principales son las siguientes:

1.^a Duración y continuidad de la residencia en el nuevo establecimiento.

2.^a Condiciones materiales de la instalación nueva, especialmente si el interesado ha transportado a ella su mobiliario, su personal doméstico, su familia, etc.

3.^a Aunque en nuestro Derecho el domicilio se determina por la residencia habitual y no por el centro del patrimonio, no obstante en el cambio del domicilio deberá tenerse en cuenta también el desplazamiento de los intereses materiales, y así se considerará el ejercicio de una profesión en el nuevo lugar, que será tanto más de estimar cuanto que la profesión sea más estable. Otros intereses materiales que pueden servir de indicios del cambio del domicilio son las enajenaciones o adquisiciones de propiedades inmobiliarias, la apertura de cuentas corrientes, etc.

4.^a Finalmente, en la duda, la residencia habitual es la que el interesado considera como tal, y así se tendrá en cuenta el lugar que el interesado ha declarado como su domicilio al celebrar los contratos. Estos indicios podrán coincidir, y entonces permitirán con toda seguridad formular una presunción «iudicis» de la existencia, o mejor, del cambio del domicilio que ellos indiquen, o bien podrán no concordar, y entonces el juez tendrá que ponderar la respectiva importancia de los de sentido contrario.

El acto o los actos que determinan la constitución o cambio del domicilio son actos con efectos jurídicos, y, en su conjunto constituyen un «acto jurídico»; pero no un negocio jurídico. Es necesaria la voluntad de establecerse o residir habitualmente, pero no es necesario que se quiera ni aún que se conozca el efecto jurídico del acto, es decir, la adquisición o cambio del domicilio; quien establece su residencia habitual en cierto lugar, adquiere el domicilio, quien abandona para siempre lo que hasta entonces fue su residencia habitual pierde el domicilio, aunque no tuviera intención de adquirir o de perder el domicilio y expresara claramente esa voluntad. En cuanto a la capacidad exigida para este acto jurídico, puede decirse que, en principio, las personas incapaces no pueden adquirir o abandonar el domicilio sin la voluntad de su representante legal.

7. *El problema de la unidad o pluralidad de domicilios.*—Una cuestión muy debatida es la de si el domicilio ha de ser único o, por el contrario, la persona puede tener una pluralidad de domicilios.

En el Derecho francés el principio de la unidad del domicilio fue afirmado en los trabajos preparatorios del Código civil y resulta implícitamente de las disposiciones de éste. Dicho principio de unidad ha sido admitido también por el Código civil suizo en su artículo 23; pero, tanto en Francia como en Suiza, no puede subsistir más que a pesar

de un gran número de derogaciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia y que la doctrina procura extender.

En cambio, el artículo 7 del B. G. B. alemán, en su párrafo segundo admite el domicilio múltiple, el cual se presenta cuando la actividad de una persona se desarrolla en dos lugares, sin que pueda afirmarse que uno de ellos constituye el principal. Así, por ejemplo, cuando el propietario de una finca de campo la administra en persona y tiene además un establecimiento en la ciudad; o cuando un médico ejerce en la ciudad durante el invierno y en un balneario durante el verano. La doctrina alemana dominante entiende que en tales casos ambos lugares deben considerarse contemporáneamente como domicilio, de modo que cada uno determina la competencia judicial general y en cada uno procede el cumplimiento de las obligaciones. Pero, en contra, se ha sustentado la tesis de que en los casos mencionados existe un domicilio alternativo, es decir, que el propietario de una finca de campo está domiciliado en ella durante el verano y en el invierno lo está en la ciudad. A esta opinión se opone el inconveniente de que en esa hipótesis existiría una incertidumbre para los terceros, y es la de si el cambio de domicilio se determinará por las etapas de tiempo en que el propietario habita normalmente en esos lugares o dependerá de su residencia efectiva en esos sitios, y en cada oportunidad que puede ser enteramente casual.

En nuestro Derecho el Código civil no aborda, ni se plantea esta cuestión del doble domicilio; pero, dado el carácter realista de la definición del Código, la doctrina entiende que nada se opone a que se admita la pluralidad de domicilios, siempre que respecto a dos lugares concurren simultáneamente los requisitos de existencia del domicilio. De Castro (9) aduce a favor de la admisibilidad de la pluralidad de domicilios:

1.º Que el Derecho romano y, siguiéndole a él, la doctrina romanista, admitieron la posibilidad de la existencia de más de un domicilio y no existe razón alguna para creer que el legislador se apartase de este antecedente.

2.º Que no hay obstáculo lógico a su admisión. Puede existir el caso de una persona que resida una parte del año en un lugar y otra parte del año en lugar distinto y en ambos con carácter de habitualidad.

3.º Que el criterio legal parece ser este, al no haberse seguido la determinación del domicilio por el establecimiento principal, que es el que ha llevado a la doctrina francesa e italiana a mantener la unidad.

4.º Que es la solución más conforme al criterio realista del domicilio y la que mejor se compagina con las necesidades de la práctica.

Se plantea en nuestra doctrina la cuestión de si, en el caso de que una persona resida de modo habitual la mitad del año en un lugar y la mitad del año en otro, sin que se pueda descubrir la intención de establecer exclusivamente el domicilio en uno de esos dos lugares, exis-

(9) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, págs. 451-452.

tirá una pluralidad de domicilios o un domicilio alternativo. Creemos más práctica la admisión de la existencia de doble domicilio por las razones expuestas al tratar de esta cuestión en la doctrina alemana y además porque en nuestro Derecho el domicilio se determina por la residencia habitual, por lo que es posible admitir la pluralidad de domicilios en el caso de que una persona resida en dos lugares distintos igual tiempo en cada uno, y con intención de permanecer en ambos.

El domicilio voluntario doble no será el caso más frecuente, pues normalmente la persona tiene un sólo lugar de residencia habitual. Pero su admisión cuando concurren los supuestos en que descansa puede ser provechosa para el domiciliado, y lo es sin duda para las personas que con él mantengan relaciones jurídicas.

8. *Carencia de domicilio*.—El problema contrario al de la pluralidad de domicilios es el de falta de domicilio. La posibilidad de que una persona carezca de domicilio debe ser admitida sin vacilación, ya que incluso en ordenamientos jurídicos que, como el francés, admiten el principio de la necesidad del domicilio, reforzado con la ficción de mantenimiento indefinido del domicilio de origen, se encuentran en la precisión de admitir que haya personas sin domicilio, y así el artículo 59 del Código procesal civil francés permite emplazar al demandado ante el tribunal de su residencia «si no tiene domicilio», y el Código penal francés, asimismo sanciona en su artículo 270 el delito de vagabundaje contra aquellos que «no tienen ni domicilio cierto ni medios de subsistencia».

En nuestro Derecho, la falta de domicilio puede resultar porque no se haya tenido ninguno antes, así en las personas nómadas y errantes, o porque se abandone el domicilio hasta entonces existente y no se haya constituido otro todavía. El artículo 69 de la Ley de Enjuiciamiento civil confirma la posibilidad de la carencia de domicilio e incluso de residencia fija, al decir, en su párrafo segundo, que «los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen».

Además, partiendo del concepto legal del domicilio como residencia habitual, es posible admitir que falte a una persona un domicilio, lo que sucederá siempre que no tenga residencia habitual, o sea, con intención de permanencia. No será, en cambio, falta de domicilio el caso de una persona que se ausente con frecuencia del lugar en que tenga establecida su residencia, ya que las interrupciones de ésta, aunque sean repetidas, como ocurre, por ejemplo, en los viajeros de comercio, no excluyen la habitualidad de la residencia y, si bien esas personas pasan la mayor parte del tiempo viajando, tienen su domicilio en el lugar que consideran su casa entre un viaje y otro.

9. *Domicilios legales*.—Además del domicilio voluntario, del que hasta ahora hemos hablado, existe como otra clase de domicilio el legal. De hecho un gran número de personas no son libres para elegir su do-

micilio, la ley les impone por domicilio, ya el de otra persona de la que jurídicamente dependen, ya un lugar donde les supone habitar. En principio, el domicilio así establecido es obligatorio como domicilio general y no pueden existir junto a él más que domicilios especiales o electivos. El domicilio legal es aquel que la ley considera como tal domicilio, aunque de hecho no se encuentre en él la residencia habitual, siendo decisivo en todas las cuestiones en que el domicilio tiene consecuencias jurídicas.

El Código civil no regula los domicilios legales. El artículo 40, después de definir el domicilio voluntario, añade que el domicilio de las personas naturales será «en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento civil». El alcance de esta remisión no está claramente señalado y se han propuesto dos interpretaciones. La primera es que la remisión se limita a los efectos procesales. En cambio, la segunda interpretación es que tiene lugar a todos los efectos, ya que el Código civil, a diferencia del Proyecto de Código civil de 1851, no ha regulado los domicilios legales, por estar estos disciplinados en las anteriores Leyes de Procedimiento, con el fin de evitar innecesarias repeticiones.

Los domicilios legales pueden clasificarse así:

1) Por dependencia jurídica. La mujer casada tiene el domicilio de su marido; el que está sometido a patria potestad tiene el domicilio de quien la ejerza sobre él, el que está su persona sometida a tutela, tiene el domicilio del tutor.

2) Por razón de extraterritorialidad. Los diplomáticos, residentes por razón de su cargo, en el extranjero, y que por ello gocen de extraterritorialidad, les corresponde como domicilio el último que hubieren tenido en territorio español (art. 40 C. c.).

3) Por razón del cargo. Los empleados tienen como domicilio legal el pueblo en que sirvan su destino; si por razón de él ambularen continuamente, lo tendrán en el pueblo en que vivieren más frecuentemente (art. 67 Ley Enjuiciamiento civil). Los militares en servicio activo tienen su domicilio legal en el pueblo en que se hallare el cuerpo a que pertenezcan (art. 68 Ley Enjuiciamiento civil).

4) Los comerciantes, en lo que concierne a los actos y contratos mercantiles y a sus consecuencias, tienen su domicilio legal en el pueblo donde radique el centro de sus operaciones mercantiles (art. 65 Ley Enjuiciamiento civil).

Domicilio de la mujer casada. El artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil atribuye a la mujer casada, no separada legalmente de su marido, el domicilio que éste tenga. Dicho domicilio legal es consecuencia de la obligación de vivir juntos que pesa sobre los cónyuges y de la consideración de que el marido es el jefe de la familia.

Este domicilio legal cesa, en principio, en cuanto no exista en la mujer el deber de «seguir a su marido», por tanto, con arreglo al artículo 58 C. c., la mujer puede constituir un domicilio independiente cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o país extranjero.

Además cesa este domicilio legal por divorcio, ausencia o incapacidad del marido. Y termina por la disolución del matrimonio, es decir, por muerte del marido o también por declaración de nulidad del matrimonio, una vez que la sentencia declarando la nulidad tenga autoridad de cosa juzgada. Por tanto, mientras esta sentencia irrevocable no se haya pronunciado, el domicilio legal de la mujer no puede impugnarse alegando la nulidad, ni la mujer podrá pedir la suspensión del proceso en el que se le demande en su domicilio legal, alegando que su matrimonio es nulo o anulable, pues, de lo contrario, podría escapar a la persecución judicial por relaciones jurídicas que sustantivamente no están relacionadas con su matrimonio. Si, una vez que por cualquiera de esas causas ha cesado el domicilio legal de la mujer, ésta sigue residiendo habitualmente en el lugar antiguo, éste constituye para ella su domicilio voluntario.

Además, en nuestro Derecho, la jurisprudencia, siguiendo el criterio requerido por las necesidades prácticas, ha establecido la doctrina de que «constante matrimonio» la mujer adquiere domicilio propio cuando vive separada de hecho del marido con autorización expresa o tácita de éste. Finalmente, el domicilio familiar puede, en ciertos casos, ser creado por la mujer casada, determinando el domicilio del marido. Así ocurre cuando es tutora del marido o su representante legal, y también porque el domicilio de las personas casadas es el hogar o domicilio conyugal o familiar y éste se caracteriza por ser el hogar donde viven la mujer y los hijos, por lo que si el marido lo abandona injustificadamente, sin intentar establecer en otro sitio el domicilio de la familia, carece de facultad para crear otro domicilio, pues ha incurrido en abandono de familia.

El domicilio de los hijos sometidos a la patria potestad es el de sus padres (art. 64 Ley Enjuiciamiento civil). Por consiguiente, al determinarse este domicilio por la patria potestad, cabe decir que, si los hijos son legítimos o legitimados, comparten el domicilio del padre y, en su defecto, el de la madre, si son ilegítimos: naturales, el del padre que los haya reconocido, y, si son adoptivos, el del adoptante. La adopción y legitimación de los mayores de edad no influyen en su domicilio.

No es necesario que el hijo resida efectivamente con el padre (y así, la permanencia en un internado no suprime el domicilio legal): pero sí es necesario que el padre no haya consentido la constitución del domicilio del hijo en otro lugar, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, basándose en el artículo 160 de C. c., que prevé el caso de que «el hijo viviere independientemente de los padres, con su consentimiento expreso o tácito», admite la posibilidad del domicilio independiente del hijo, siempre que éste tenga un domicilio propio que revista los caracteres de domicilio real y efectivo y el padre haya escogido otro domicilio, o bien cuando el padre haya consentido expresa o tácitamente que se domicilie en otro lugar.

Una vez constituido este domicilio real o voluntario del hijo, el

padre no lo podrá cambiar injustificadamente por su sola conveniencia; es más, existe la opinión de que, si el hijo abandona con consentimiento del padre el domicilio legal, éste no renace y, si vuelve a vivir con los padres, únicamente podrá constituir un domicilio voluntario. Además de para constituir un domicilio voluntario, el hijo puede abandonar el domicilio del padre para constituir un nuevo domicilio legal; así la hija menor que se casa adquiere el domicilio del marido y deja de tener el del padre. Los hijos menores emancipados pueden elegir libremente su domicilio.

Los menores o incapacitados sujetos a tutela tienen el domicilio de sus guardadores (art. 64 Ley Enjuiciamiento civil). Esta disposición hay que limitarla a los casos de tutela que implica guarda sobre la persona, pues la tutela limitada a la guarda de los bienes no puede originar la dependencia de domicilio, al no restringir la libertad personal del tutelado. La posibilidad de que el tutelado tenga propio domicilio está reconocida por el artículo 290-1 y 2 del C. c. para el momento de constituirse la tutela.

El domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularen continuamente se considerarán domiciliados en el pueblo en que vivieren más frecuentemente (art. 67 Ley Enjuiciamiento civil). Esta disposición puede basarse en la obligación de residencia que, por lo general, el Derecho administrativo impone a estas personas en el lugar donde desempeñan sus funciones. Quedan domiciliadas en ese lugar desde el momento en que toman posesión de sus cargos, aun cuando, de hecho, residan en un lugar cercano o en otro sitio.

Como observan Colin y Capitant (10), esta solución es un abuso de lógica, que se presta a situaciones absurdas y es muy difícil de justificar racionalmente. Por eso De Castro (11) indica que, como este precepto de la ley procesal no se justifica en motivos de Derecho civil, ni tiene antecedentes en esta disciplina, su alcance es únicamente procesal, pudiendo sólo utilizarse a efectos civiles como una presunción de domicilio real, es decir, de la residencia habitual.

El domicilio legal de los militares en servicio activo, será el del pueblo en que se hallare el cuerpo a que pertenezcan cuando se efectúe el emplazamiento (art. 68 Ley Enjuiciamiento civil). En cuanto a qué personas son militares, habrá que atenerse a lo dispuesto en el Código de justicia militar. También sobre esta disposición puede decirse algo análogo a lo ya indicado en cuanto a la del domicilio de los empleados, es decir, que no se basa en razones de Derecho civil, y, en principio, queda limitada a los efectos procesales.

El domicilio legal de los comerciantes, en todo lo que concierne a los actos y contratos mercantiles y a sus consecuencias, será el pue-

(10) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., Madrid, 1932, t. I, página 826.

(11) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 466.

blo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales. Los que tuvieren establecimientos mercantiles a su cargo en diferentes partidos judiciales podrán ser demandados por acciones personales en aquel en que tuvieren el principal establecimiento o en el que se hubieren obligado, a elección del demandante (art. 65 Ley Enjuiciamiento civil). Este domicilio comercial es un domicilio especial, que coexiste con el domicilio general voluntario o legal. Se diferencian en que, mientras el primero es el centro de gravedad de la actividad económica del comerciante, el segundo es el centro de vida entera, en todo lo que no afecte al comercio. Este domicilio comercial puede corresponder también a la mujer casada, que ha obtenido licencia de su marido para ejercer el comercio, y entonces coexistirá con el domicilio legal, pudiendo en él perseguirla sus acreedores y, en caso de quiebra, en él será declarada ésta. El domicilio comercial se caracteriza también frente al domicilio voluntario en que se determina no por la residencia habitual, sino por el emplazamiento de los bienes y negocios.

El domicilio de los diplomáticos residentes, por razón de su cargo, en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieran tenido en territorio español (art. 40 C. c.). Según De Castro (12), esta excepcional disposición obedece a obviar la dificultad que la extraterritorialidad pueda presentar para el ejercicio de las acciones en el verdadero domicilio y no parece que origine un verdadero domicilio necesario o legal, y puede admitirse que se limita a los efectos procesales.

A veces, estas disposiciones sobre domicilios legales se enfrentan unas a otras, atribuyendo al mismo tiempo un doble domicilio. Así ocurre, por ejemplo, con la mujer casada comerciante o empleada, que tendrá al mismo tiempo el domicilio legal de su marido y el del lugar donde ejerza el comercio o desempeñe su empleo.

10. *Consideración especial del domicilio de la tutela.*—Hemos visto que el domicilio de los sometidos a la tutela es el del tutor. Ahora bien, de la misma manera que ocurre en la sucesión hereditaria, en la tutela puede hablarse de apertura y delación de la tutela, siendo de gran interés precisar el lugar en que estos efectos jurídicos se producen, porque de ello se desprenden importantes consecuencias, entre las cuales se encuentran la determinación de la competencia del Juez municipal para proceder a la constitución del organismo tutelar (art. 293 C. c.), la posibilidad de eximirse de desempeñar la tutela los que no sean parientes del menor, si en el territorio del Tribunal que la difiere existen parientes dentro del sexto grado que puedan ejercer el cargo (art. 245 C. c.), o la circunstancia de no poder ser obligados a formar parte del Consejo de familia los parientes del pupilo que no residan dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radique la tutela (art. 297 C. c.).

Creemos indudable que la tutela se abre y se defiende en el domicilio del menor o incapacitado. A ello no se opone el artículo 203 del Código civil, que ordena a los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela el que provean al cuidado de éstas y de sus bienes hasta el nombramiento del tutor. Ante todo, habría que precisar si este artículo, como otros muchos, emplea la palabra «residencia» en su sentido propio, como el lugar en que una persona se encuentra, aunque sea accidentalmente, o con ella quiere designar el domicilio. Por la finalidad de este precepto, hay que admitir que la residencia a que alude este artículo comprende la existencia del menor o incapacitado, incluso por circunstancias transitorias, en cualquier lugar, por ejemplo, el menor que ha acompañado a su padre viudo a un lugar distinto a aquel en que tienen fijado su domicilio y en aquél fallece dicho padre, se encuentra en la situación del artículo 203, y deber ser amparado, en unión de sus muebles, por el Juez municipal del lugar en que se halle, ya que esta protección judicial es tanto más necesaria, si el menor se encuentra fuera de su domicilio, porque entonces será más difícil que existan en la población personas que deban encargarse de su cuidado, a las cuales alude el inciso final del párrafo 1.º del artículo 203 del C. c.

Pero la competencia que la simple existencia en el territorio de su jurisdicción de una persona sujeta a tutela confiere, según el artículo 203 del C. c., al Juez municipal es meramente provisional y limitada a los efectos que en el citado precepto se indican.

Mayor dificultad, a la opinión de que el lugar de apertura y delación de la tutela es el domicilio del incapaz, supone el artículo 293 del C. c., pues para la competencia del Juez municipal que ha de constituir la tutela sólo exige que «exista» en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a las que se refiere el artículo 200.

Sin embargo, esa «existencia» del incapaz debe entenderse referida al domicilio suyo, porque lo normal es que en éste radiquen los intereses del incapaz (tanto más si se trata de un menor, que tendrá por domicilio generalmente el de su difunto padre), y, aunque esto no se puede afirmar hoy con seguridad, dada la dispersión que la vida actual impone a las familias, es lo más probable que en el lugar del domicilio del incapaz se encuentre la mayoría de las personas que por la ley son llamadas a ejercer los cargos tutelares.

En cambio, puede aducirse a favor de la teoría que sustentamos el artículo 290, párrafos 1.º y 2.º, del C. c., que ordenan la inscripción en el extinguido Registro de tutelas, entre otras circunstancias, el domicilio del menor o incapaz y el de su tutor, poniendo así de relieve que en la fase de constitución de la tutela el pupilo tiene un domicilio propio, distinto al de su tutor, el cual posteriormente le impone como domicilio legal el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y, aunque el artículo 290 del C. c., ha sido derogado por la Disposición final 1.ª de la Ley del Registro civil de 8 de junio de

1957, el artículo 89 de ésta es todavía más claro y terminante al respecto, pues dispone que «Las inscripciones relativas al Organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a tutela en el momento de constituirse ésta». En el sentido por nosotros indicado, observa Pere Raluy (13) que como la «constitución» de la tutela es un acto complejo, que se desarrolla en varios tiempos, habrá que considerar como domicilio del sometido a tutela, a los efectos indicados, al que lo sea en el momento de iniciarse la constitución, mediante la incoación del procedimiento de constitución del Consejo de familia.

Una vez admitido que el lugar de apertura y delación de la tutela es aquel en que radique el domicilio del incapaz, cabe preguntarse si ese lugar va a constituir el domicilio fijo de la tutela.

Como ni el Código civil, ni la Ley del Registro civil, deciden esta cuestión, al menos de una forma expresa, es útil, antes de barajar los diversos argumentos que de varios preceptos de ambos Cuerpos legales se desprenden a favor y en contra de cada una de las dos soluciones posibles, repasar brevemente el tratamiento que esta cuestión ha recibido en la doctrina y jurisprudencia francesa y en el Derecho italiano durante la vigencia del Código civil de 1865.

En el Derecho francés, según refieren Ripert-Boulanger (14), la opinión dominante de la doctrina quiere que, durante toda la duración de la tutela el Consejo de familia sea invariablemente convocado en el lugar en que la tutela se ha abierto. Se pretende fundamentar esta solución en los artículos 406 y 407 del Código de Napoleón; pero esto, según Ripert-Boulanger, es una interpretación forzada de esos preceptos, porque, en realidad, no han contemplado más que el momento de apertura de la tutela, en el cual coinciden el lugar de apertura y el domicilio del incapaz y, en cambio, la hipótesis de un cambio posterior del domicilio de éste no ha sido tenida en cuenta.

La jurisprudencia belga se inclina decididamente por esta solución de la inmutabilidad del domicilio de la tutela (15): pero, en cambio, los Tribunales franceses han establecido una distinción inspirada en razones prácticas. Cuando se trata de organización de la tutela, es decir, de resolver sobre el nombramiento, sustitución o destitución del tutor o protutor, el Consejo de familia debe, en todo tiempo, ser convocado en el lugar de la apertura de la tutela, cualquiera que sea el cambio sobrevenido después en el domicilio del menor, que es el de su tutor actual (16). En cambio, cuando lo que se plantea es el funcionamiento regular de la tutela, por ejemplo, autorizar al tutor a realizar un acto de gestión, la jurisprudencia francesa admite que el Consejo de familia puede ser convocado en el lugar donde se encuen-

(13) *Derecho del Registro civil*, t. II, Madrid, 1962, pág. 814.

(14) *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, t. I, París, 1956, página 875.

(15) Cass. belga, 7 mayo 1883.

(16) Nancy, 1 julio 1853; Cass. 2 marzo 1869.

tra en ese momento el domicilio del menor, es decir, en el del tutor (17). Ahora bien, tenemos que advertir que en la jurisprudencia francesa más reciente lo que prevalece es el criterio de dejar a la libre apreciación de los tribunales de instancia el resolver, atendiendo a los intereses del menor, si son o no válidas las actuaciones del Consejo de familia, reunido y compuesto en el lugar del domicilio del tutor y no en el del menor. En este sentido la Casación ha decidido que pertenece a los jueces de fondo apreciar soberanamente la validez de las deliberaciones de un Consejo de familia irregularmente compuesto y reunido en el domicilio del tutor y no en el del menor, y de mantenerlas desde el momento en que están exentas de fraude y son conformes a los intereses materiales y morales del menor (18).

Respecto al Derecho italiano derogado, dice De Ruggiero (19), exponiendo la doctrina del artículo 249 del Código civil de 1965, que el Consejo de familia se constituye para todo el tiempo que dura la tutela y funciona en la pretura, donde tiene la sede principal de sus negocios el tutelado, y excepcionalmente y previa la autorización del Tribunal, en el distrito en que resida el tutor.

En un intento de adaptación de estas diversas soluciones a nuestro Derecho, haremos primero un examen crítico de cada una de ellas, para concluir señalando cuál, desde un punto de vista *de lege ferenda*, estimamos más ventajosa y, seguidamente, estudiaremos los diversos argumentos que de varios artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil pueden deducirse, para resolver, siquiera sea de un modo indirecto, este problema.

A favor de que el domicilio de la tutela quede definitivamente fijado en el lugar de la apertura milita el razonamiento de que así la composición del Consejo de familia queda a salvo de las maniobras que, de otro modo, pudiera intentar el tutor para eliminar de él a parientes del incapaz que no fueran de su agrado, tal vez por manifestar un excesivo celo e interés en la defensa y protección de los intereses del pupilo. Ciertamente que estos parientes podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de familia convocado en el lugar del domicilio del tutor, por lejano que éste se encontrara de su residencia habitual; pero es evidente que ello les expondría a molestias, gastos y perjuicios considerables y que, en ocasiones les sería prácticamente imposible desplazarse por diversas causas, como pueden ser la edad avanzada, carencia de medios económicos, precisión de atender otras obligaciones, etcétera.

En cambio, la fijación del domicilio de la tutela en el lugar de la apertura, cuando éste sea distinto del domicilio del tutor tiene también numerosos inconvenientes. Dificulta la rapidez en la convocatoria y reunión del Consejo, en los casos en que el tutor crea conveniente so-

(17) Cass. 4 mayo 1846.

(18) Civ., sect. civ. 8 julio 1952 y Civ. 1.^a secc. civil 13 de mayo 1958.

(19) *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. 2, Madrid, 1931, página 933.

licitarlas. Los mismos obstáculos que experimentan los componentes del Consejo de familia para acudir a su reunión cuando es convocado en el domicilio del tutor, sufrirá éste al tener que acudir a las sesiones del Consejo de familia, convocado en el lugar de constitución que es distinto al del domicilio suyo en la actualidad. Por otra parte, se dificulta la posible asistencia a las reuniones del Consejo de familia del sujeto a tutela, en los casos en que la ley le permite ser oído por aquél. Asimismo, al estar domiciliados el tutor y el pupilo, de un lado, y los miembros del Consejo de familia, de otro, en poblaciones distintas les será a éstos más difícil, si no imposible, el informarse de la marcha de la actuación del tutor, sobre todo en lo que respecta al trato y cuidado que recibe la persona sometida a tutela.

La distinción que, a los efectos del lugar de convocatoria del Consejo de familia hace, según Ripert-Boulanger, la jurisprudencia francesa: entre reuniones del Consejo de familia para la organización de la tutela y reuniones para el funcionamiento regular de aquella no es inatacable, porque cabe, por ejemplo, respecto a estas últimas, que el tutor prevea que, si se reúne el Consejo en el lugar de constitución los parientes que lo integran denegaran, v. gr., una autorización por él pedida para enajenar o gravar bienes inmuebles o cualquier otro de los actos a que se refiere el artículo 269 del Código civil español y que, en cambio, esa autorización le será fácilmente concedida por un Consejo de familia reunido en el lugar de su domicilio, e integrado, posiblemente, por personas sobre las cuales el tutor tenga más influjo y que estén menos interesadas por el bien del incapaz.

Fácilmente, se aprecia que no es posible resolver esta cuestión de un modo general, y que, tal vez, lo mejor sería que la resolviesen los Tribunales atendiendo a las circunstancias de cada caso. Pero esta solución también tiene desventajas, porque la seguridad de las relaciones de la tutela no permite optar a que, posteriormente a la reunión de un Consejo en el domicilio del tutor, digan aquéllos si son o no válidas las actuaciones, atendiendo a que las deliberaciones hayan sido o no provechosas a los intereses del pupilo.

Tampoco deja de tener desventajas el criterio de que los Tribunales decidan de una vez y para siempre si el Consejo se ha de convocar en el lugar de constitución o en el domicilio del tutor, porque la decisión general no calibraría las circunstancias que habrían de concurrir en cada reunión concreta, y además la resolución de la cuestión del lugar del domicilio de la tutela quedaría pendiente hasta que aquellos resolvieran.

Como puede apreciarse, todas las dificultades que presenta el tema que venimos tratando radican en encontrarse situados en lugares distintos el sitio de apertura de la tutela, el domicilio del tutor, que en lo sucesivo será también el del pupilo, y los domicilios de los miembros del Consejo. Generalmente, las legislaciones tienden a situar el domicilio de la tutela en aquel lugar en que se encuentra el domicilio del in-

capaz al tiempo de la apertura, porque lo más fácil es que en ese lugar viva el resto de la familia, cuyos miembros ordinariamente han de desempeñar los cargos tutelares y, además, porque allí está igualmente ubicado el centro de los intereses del tutelado.

Sin embargo, en muchos casos no ocurre así, y más en legislaciones que, como la nuestra, no definen al domicilio como la sede principal de los negocios de la persona. Cabe, por ejemplo, que un funcionario público viudo, alejado por razón de su cargo de su tierra natal, en la que viven todos sus parientes y en la que tiene inmuebles u otros bienes, fallezca en el lugar en que estaba destinado dejando hijos menores. Es evidente que la tutela de éstos se abre en el lugar del domicilio de su padre, y, sin embargo, en él difícilmente podrán encontrarse parientes que integren el Consejo de familia, aparte de que el centro de los intereses económicos de los menores, al morir el padre, se encuentra ya no en el lugar en que éste desempeñaba su destino, sino en la población de donde eran oriundos. Tal vez, por ello, no está exenta de ventajas la disposición del artículo 249 del Código civil italiano de 1865, que constituía el Consejo de familia con carácter definitivo en el lugar del domicilio del incapaz; pero admitía el traslado del domicilio de la tutela en virtud de sentencia, que apreciaría la conveniencia del mismo.

Como hemos indicado, no hay en nuestro Ordenamiento una norma que resuelva de forma inmediata e indudable cuál es el domicilio de la tutela; pero, sin embargo, existen numerosos preceptos de los que pueden deducirse argumentos a favor de una posible solución del tema.

Ante todo, y atendiendo a un orden de su mayor antigüedad, pueden citarse las reglas 17 y 19 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La regla 17 atribuye la competencia para el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores o curadores y excusas de estos cargos al Juez del domicilio del padre o de la madre cuya muerte ocasione el nombramiento, y en su defecto al del domicilio del menor o incapacitado o el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles. La regla 19 de este artículo 63 dispone que en las demandas en que se ejercitaren acciones relativas a la gestión de la tutela o curaduría, en las excusas de estos cargos después de haber empezado a ejercerlos, y en las demandas de remoción de los guardadores como sospechosos, será el Juez competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardaduría en su parte principal o el del domicilio del menor.

Estas dos reglas de competencia suscitaron la mayor perplejidad por parte de los primeros comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento civil, que no encontraban la forma de conciliarlas con el precepto del artículo 64 de ese Cuerpo legal, según el cual el domicilio de menores o incapacitados sujetos a tutela o curatela es el de sus guardadores. Así Reus (20) señalaba que existía una contradicción entre los indicados

(20) *Ley de Enjuiciamiento civil concordada y anotada con gran extensión*. Madrid, 1881, t. I, pág. 64.

preceptos porque parecían indicar que el domicilio del menor fuera distinto al de su tutor. Posiblemente estas dudas hubieran quedado disipadas distinguiendo entre el domicilio del menor al tiempo de deferirse la tutela, y su domicilio una vez constituida ésta.

Hoy la cuestión carece de interés, porque teniendo en cuenta las importantes modificaciones que el Código civil ha realizado en la configuración del organismo tutelar, respecto al régimen anteriormente vigente, entre las cuales destaca el establecimiento del Consejo de familia como órgano colegiado de superior decisión, y fiscalización de la gestión del tutor, es indudable que estas reglas de competencia de la Ley de Enjuiciamiento civil, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1953, resultan anticuadas para la actual organización de la tutela y debe atenderse a las disposiciones del Código civil.

Con todo, indicaremos que, en base también a esas normas, adjetivas, la Sentencia de 10 de marzo de 1894 declaró que corresponde conocer de la Constitución del Consejo de familia al juez del último domicilio del padre o de la madre. Aparentemente, esta doctrina fue contradicha por la Sentencia de 21 de marzo de 1899, pues resolvió que, entre dos Consejos de familia, constituidos uno en Madrid y otro en Cartagena para la tutela de un mismo menor, era preferente el constituido antes, aunque no fuera en el lugar del domicilio del padre difunto del menor, que también era el de éste. Pero en realidad esta sentencia no abordó abiertamente esta cuestión de fondo, pues se limitó a resolver por reglas exclusivamente procesales la cuestión de competencia surgida entre los dos Juzgados municipales ante los cuales se habían constituido los dos Consejos de familia, decidiendo que, en el incidente promovido para proveer dos vacantes en el Consejo de familia primeramente constituido, era competente, según el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el Juez ante el cual se había constituido el Consejo de familia cuyas vacantes se iban a reemplazar, si bien reservando a las partes el derecho de deducir en el juicio correspondiente las acciones dirigidas a terminar la anomalía de la duplicidad de Consejos de familia.

En el Código civil y en la Ley del Registro civil domina el criterio de que el domicilio de la tutela es el del menor o incapacitado al tiempo de referirse ésta, siendo en el correspondiente Registro civil donde ha de inscribirse la tutela. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía decidido, como resume la Sentencia de 2 de julio de 1953, que corresponde a las facultades del Consejo de familia acordar los cambios de domicilio e inscripción de la tutela, y estos acuerdos, mientras no se declaren nulos, hay que aceptarlos. Así pues, cuando una tutela se defiera en lugar distinto a aquel en que tenga su domicilio los parientes llamados al Consejo de familia, éstos, si tienen verdadero interés por el pupilo, se encuentran con la posibilidad de acudir por esa sola vez al lugar de constitución del Consejo de familia, y acordar el cambio del domicilio de la tutela al lugar en que ellos residen. Si, por el contrario, no tienen auténtico interés por el sometido a

tutela, pueden, según el artículo 297 del C. c., excusarse de formar parte del Consejo de familia, siempre que residan a una distancia superior a la de 30 kilómetros del Juzgado en que radique la tutela; pero, al demostrar esa indiferencia, queda claro que los intereses del pupilo no sufren nada porque no formen parte de su Consejo de familia unos parientes que no le profesan verdadero afecto.

11. *Domicilio electivo*.—Junto al domicilio general, que rige para todas las relaciones jurídicas de orden civil de la persona, existe también el domicilio especial o electivo, que es el lugar donde se sitúa especialmente a una persona en lo que afecta a ciertas relaciones jurídicas determinadas y, con más precisión, puede decirse qué domicilio electivo es el que las partes designan para todo lo concerniente a determinadas relaciones jurídicas, con independencia de que residan o no en ese lugar de modo habitual o accidental.

El domicilio elegido es menos un verdadero domicilio, que una derogación convencional a los efectos del domicilio real. El fin de esta derogación es atribuir competencia, para el conocimiento de los litigios derivados de un negocio jurídico, a un Tribunal que no sería el designado por el domicilio general de las partes. También puede ser un medio de dotar de gran firmeza al domicilio real actual y de prevenirse contra futuros cambios del mismo.

En este sentido puede elegirse domicilio en el domicilio general de la persona, bien porque quiera atribuirse a los Tribunales de éste una competencia exclusiva para ciertos litigios, bien para garantizar al otro contratante contra todo cambio de domicilio, o bien porque la ley imponga una elección de domicilio en el lugar del domicilio general. Así pues, la elección de domicilio es raramente hecha en interés de su autor; a menudo, la exige de él la ley, así el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, según el cual, para que pueda ejecutarse la acción hipotecaria por el procedimiento judicial sumario, establecido en dicha Ley, es indispensable que en la escritura de constitución de la hipoteca se señale por el deudor un domicilio para la realización de los requerimientos y de las notificaciones. Vid. también el artículo 81-1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La elección de domicilio puede ser hecha en interés del otro contratante que quiere atribuir competencia a un Tribunal elegido, generalmente al de su propio domicilio.

La elección de domicilio exige en quien la efectúa la capacidad de obligarse, porque constituye un compromiso, y la de comparecer en juicio, porque modifica la competencia de los tribunales. Por tanto, el menor emancipado necesitará la asistencia del padre, madre o tutor. La elección de domicilio está permitida incluso a aquellas personas a las que la Ley impone un domicilio general, ya que no deroga este domicilio más que respecto a los contratantes en cuyo favor se ha estipulado, y no impide a los terceros, e incluso a las mismas partes, que lo convinieron, el atribuir siempre al interesado su domicilio legal.

La elección de domicilio resulta generalmente de una convención

entre las partes interesadas. Esta convención puede resultar de la aceptación de notas de envío o albaranes, facturas, cartas, etc. de los comerciantes que contengan la cláusula de sumisión a la competencia de determinado Tribunal. A veces estas cláusulas se cruzan contradiciéndose, y para este caso algunos afirman que tiene preferencia la cláusula escrita a mano a la impresa. En otro caso, si las circunstancias permiten inferir que el contrato ha sido concluido a pesar de esa discrepancia sobre la competencia judicial, será preciso renunciar a la ejecución de la cláusula atributiva de la competencia, y determinarla según la voluntad verosímil de las partes o según las reglas generales.

El domicilio elegido podrá cambiarse posteriormente por voluntad de las partes.

Los efectos de la elección del domicilio dependerán de lo que se haya pactado. En general, puede decirse que:

1.º Atribuye competencia a los Tribunales del lugar indicado para juzgar los conflictos que del contrato en cuestión puedan surgir entre las partes.

2.º Podrá, pues, ser deducida ante los tribunales del domicilio elegido toda acción de ejecución del contrato, comprendidas las acciones que utilizan las garantías del crédito, siempre que, en este caso, la atribución de competencias no sea contraria al orden público, ni lesione a los terceros.

3.º Asimismo, podrá entablarse ante esos Tribunales la resolución del contrato bilateral por incumplimiento, porque la competencia se debe presumir atribuida para todas las acciones que se deriven del contrato litigioso.

4.º En cambio, en principio, la elección de domicilio no se extenderá a la acción de nulidad del contrato, ya que la cláusula de elección, en cuanto accesoria del contrato, supone su validez. Sin embargo el demandado no puede sustraerse a los efectos de la elección de domicilio alegando simplemente ante el Tribunal elegido la nulidad del contrato.

5.º Como queda indicado, el acreedor conserva el derecho de demandar al deudor en su domicilio real, a no ser (y ésta es una hipótesis poco frecuente) que la elección se haya efectuado en interés de ambas partes.

Este efecto de atribución de la competencia es el principal del domicilio elegido, hasta el punto de que muchos lo consideran como un simple expediente de la determinación de las competencias. Pero, además, la elección de domicilio puede comprender el señalamiento de un lugar para las notificaciones y requerimientos en casa de una persona determinada, que expresamente se designa. Implica entonces mandato para esta última de recibir las notificaciones correspondientes; pero la persona designada no tendrá las obligaciones de un mandatario, más que si ella las ha asumido, al menos implícitamente. Si el mandato ha sido aceptado, obliga al mandatario, no sólo a recibir las notificaciones, sino a transmitir las sin retraso al mandante. Si el mandato no ha sido

aceptado, la persona cuyo domicilio ha sido elegido no está obligada ni a recibir ni a transmitir las notificaciones.

La designación de una persona para recibir las notificaciones no se realiza siempre. En muchas ocasiones se elige domicilio sin indicar persona determinada. En tal caso los documentos procesales habrán de ser notificados en el domicilio real del demandado.

La elección del domicilio sólo sirve para el negocio en relación con el cual se ha realizado; pero dura mientras subsistan las obligaciones derivadas del negocio, incluso aunque haya fallecido el deudor.

12. *Domicilio de las personas jurídicas.*—El artículo 41 del Código civil dispone que: «Cuando ni la Ley que las haya creado o reconocido ni los Estatutos o las reglas de la Fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal o donde ejerzan las principales funciones de su instituto».

Por tanto, según este precepto, el domicilio de las personas jurídicas se determina, en primer lugar, por el que haya señalado la ley o los estatutos de constitución y, a falta de él, por el lugar en que se encuentra establecida su representación legal o donde ejerzan sus principales actividades.

Las personas morales también tienen su domicilio, porque, cualquiera que sea la teoría que se adopte sobre la naturaleza de las personas morales, es preciso situar el centro de sus intereses en un lugar determinado, que jugará con ellas el papel de un domicilio. En él deberán cumplir sus obligaciones y tendrán que ser emplazadas.

La jurisprudencia francesa, en beneficio de los terceros que contratan con la sociedad, permite que puedan ser demandadas no solamente en su domicilio social, sino en todas sus sucursales importantes. Y, en nuestro Derecho, en un sentido semejante, la Ley de 24 de junio de 1938 sobre Juntas de Detasas, dispone en su artículo 3.º que: «Las Compañías de ferrocarriles, en aquellas provincias donde tengan líneas en explotación, están obligadas a fijar un domicilio en cada población en que se constituya una Junta de Detasas, y a tener en él su representante legal». Pero, posteriormente, el Decreto de 11 de julio de 1941 ha dispuesto que la R.E.N.F.E., tiene su domicilio en Madrid.

La determinación del domicilio de las personas jurídicas se efectúa, en primer término, por el lugar designado por la ley o Estatutos de constitución. Esta determinación, si bien tiene la ventaja de su certidumbre, puede tener el inconveniente de que el domicilio social, así determinado, es a veces ficticio, pues, como quiera el artículo 28 del Código civil atribuye la nacionalidad a las personas jurídicas por su domiciliación en España, puede haber sociedades que, con el deseo de atribuirse una nacionalidad extranjera, tal vez con el fin de eludir obligaciones fiscales o requisitos de constitución, fijen su domicilio en el extranjero. Algunos Estados comprueban así que se fija en su terri-

torio el domicilio de un gran número de sociedades que tienen sus explotaciones, sus fábricas y sus actividades en otros países. En el domicilio social hay solamente un buzón o un secretario.

En derecho francés la jurisprudencia rechaza ese fraude, y ha establecido que, cuando el domicilio social es ficticio, deberá ser fijado en donde existe el real, es decir, en el establecimiento principal. Pero en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la Sentencia de 7 de enero de 1954 ha establecido que «El requisito del domicilio tiene carácter esencial en la constitución y vida de las personas jurídicas, y por ello, cuando en los Estatutos se fijó uno hay que entender que el mismo era real y efectivo y que quienes constituyeron la sociedad lo designaron con la finalidad de establecer en él la sede jurídica y legal, donde aquélla había de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones».

13. *La residencia y el paradero.*—El Código civil no distingue las categorías de domicilio, residencia y paradero y, por consiguiente no define la residencia, lo cual se explica por el hecho de que define al domicilio por la residencia habitual.

En otras legislaciones, como la italiana, en que se define la residencia, además del domicilio, éste no implica la residencia habitual, por lo que se justifica la duplicidad de conceptos.

En nuestro Derecho, sin embargo, los artículos 181 y 183 del Código civil y 69 de la Ley de Enjuiciamiento civil aluden a veces a la residencia, como contrapuesta al domicilio. Esta residencia puede definirse como el lugar en que se está sin intención de establecerse en él habitualmente, sino sólo de forma transitoria; se diferencia del domicilio en que no existe la intención de residencia habitual, sino de estancia accidental.

La residencia no ha sido objeto de reglamentación general, como el domicilio, y es mucho menos pródiga en efectos jurídicos. Pueden citarse, sin embargo:

1.º El reemplazar al domicilio, cuando el demandado no lo tuviere en la Península, islas Baleares o Canarias, a los efectos de determinar el fuero competente (art. 69 Ley Enjuiciamiento civil).

2.º También sirve para la determinación de la ausencia (arts. 181 y 183 del C. c.).

3.º Y también, con arreglo al artículo 89 del Código civil, para la publicación de las proclamas de la celebración del matrimonio en los pueblos en que se haya residido los dos últimos años.

Ahora bien, si se repasa el articulado del Código (arts. 10-3.º, 15-3.º, 18-2.º, 19-1.º, 20, 22, 24, 26, 39, 58, 90, 91, 203, 297, 1.041, 1.324 y 1.341), puede apreciarse que éste, después de que no define la residencia, emplea con mucha más frecuencia esta palabra, en vez de la de domicilio, para designar el sitio de existencia y localización de la persona. En todos estos preceptos la cuestión radica en determinar si la

palabra «residencia» está empleada en su sentido propio, es decir, como el lugar en que se halla la persona, aunque no viva en él habitualmente, o es un medio del que incorrectamente se vale el legislador para designar el domicilio propiamente dicho. No puede resolverse esta pregunta de una manera general, pues habrá que atender a la finalidad que cada precepto concreto se proponga. Así, afirma De Castro (21) que, aun cuando los artículos 15, 19, 26, 58 y 237 núm. 13 del C. c. y el artículo 2 del Decreto de 29 de abril de 1931 hablen de residencia, dado el sentido de dichas normas, parecen referirse a la residencia habitual o fija, en un territorio de legislación común o foral, o en España. En otros casos, como los artículos 181 y 183 del C. c., se refieren al concepto más estricto de residencia, como distinto del domicilio.

Finalmente, existe en la Ley de Enjuiciamiento civil el concepto de paradero, al decir, en el artículo 69, que los que no tuvieren domicilio o residencia fija, podrán ser demandados en el lugar donde se hallen. La diferencia entre la residencia y el paradero consiste en que, en éste falta la intención de residir, aunque sea de modo accidental, por lo que es un simple estar en un lugar sin intención alguna de permanencia.

(21) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 460.