La Sala, oido el Fiscal de S. M., entiende que procede en este caso la via contencioso-administrativa y la admision de dicha demanda.»

«*Voto particular.* Aceptando los fundamentos de hechos del anterior dictámen, los consejeros D. Pedro Aurioles, presidente; D. Juan Jimenez Cuenca, D. Juan de Cárdenas, el conde de Tejada de Valdosera y D. José María Ródenas, disintiendo de la opinion de la mayoría de la Sala, emiten el siguiente voto particular:

Vista la Ley de 14 de Abril de 1838, que despues de disponer en su artículo 1.°, que el Rey resuelve todas las instancias sobre los objetos que en él se mencionan, comprendiendo entre ellos las dispensas de ley para que las viudas que pasen á segundas nupcias conserven la tutela, establece el 2.° que «para conceder las gracias de que trata el artículo anterior deberán concurrir motivos justos y razonables, justificados debidamente.»

Vista la Real órden de 1.° de Abril de 1840, fijando los requisitos que deben observarse en los expedientes sobre dispensa de ley para continuar en la tutela y curatela de sus hijos las mujeres que pasen á segundas nupcias:

Visto el art. 56 de la Ley orgánica del Consejo de Estado, segun el cual, el que se sintiere agraviado en sus derechos por alguna resolucion del Gobierno que cause estado, podrá reclamar contra ella en la via contenciosa, proponiendo su demanda ante el referido Consejo:

Considerando que la dispensa de ley concedida á doña María de la Concepcion Cantera por la Real órden impugnada, es un acto de pura gracia que se halla comprendido como todos los de su clase, en la esfera de la potestad discrecional del Gobierno; y por consiguiente, no está sujeto á revision en vía contenciosa:

Considerando que si pudiera suscitarse alguna duda en cuanto á las facultades libérrimas del Gobierno sobre la materia especial de que se trata, quedaria completamente desvanecida en presencia de la disposicion esplícita del art. 2.° de la Ley de 14 de Abril de 1838, que se las atribuye bien á las claras en el mero hecho de dejar á su libre apreciacion de una manera indefinida la justicia de los motivos en que la solicitud de la dispensa se funde; de donde proviene la imposibilidad absoluta de someter á juicio contencioso-administrativo las resoluciones en asuntos de esta índole, dictadas segun el prudente arbitrio del Poder judicial, sin sujecion en el fondo á reglas fijas y concretas, ni á circunstancias y casos taxativamente determinados.

Considerando que en apoyo de la doctrina espuesta y para sancionarla existe la jurisprudencia constante de no admitir nunca las demandas contenciosas contra las Reales órdenes dictadas á virtud de la potestad discrecional, entre las que se hallan comprendidas precisamente aquellas por las que se otorgan gracias al sacar, como lo demuestra la Real órden de 20 de Diciembre de 1867 (segun la rectificacion de la *Gaceta* de 19 de Junio).

Considerando que la generalidad con que se halla sabiamente redactado el artículo 56 de la Ley orgánica del Consejo, no es obstáculo á que de las demandas que versen sobre puntos de derecho exclusivamente civil, conozca la jurisdiccion comun, limitándose la contencioso-administrativa á las que por leyes especiales ó por la doctrina establecida se refieren á materias propias de este órden jurisdiccional; pues de lo contrario, el Consejo de Estado, por haber mediado Real órden, conoceria de unas y otras, y la Administracion invadiria, sobreponiéndose abiertamente á los preceptos constitucionales, y faltando á la conveniencia judicial, la órbita peculiar de la justicia.

Considerando que las cuestiones promovidas, ya sobre el perjuicio que podrá seguirse á los menores de continuar su madre en el desempeño del cargo de tutora y curadora despues de haber contraido segundo matrimonio, ya sobre la violacion al derecho que correspondia á los nombrados en este caso por el testamento del padre, ó á los designados por la ley para ejercer la tutela y curatela, son todas del órden propiamente civil, y su conocimiento compete solo a los tribunales de justicia, sin que residan bajo ningun concepto atribuciones para conocer de ellas en la jurisdiccion contencioso-administrativa.

Considerando, que en nada se opone al ejercicio de la autoridad legítima de los Tribunales ordinarios la circunstancia de haberse dictado la mencionada Real órden, porque ne se han resuelto en ella ni han podido resolver semejantes cuestiones, sino que únicamente se dispensó á la condesa viuda de Casa-Montalvo de la observancia de la ley preceptiva de que pierdan la tutela las madres que contraen posteriores nupcias:

Y considerando, por último, que no resulta que en la instruccion del expediente de dispensa se haya omitido ninguno de los requisitos que con arreglo á las disposiciones vigentes y señaladamente la Real órden de 1.° de Abril de 1840, deben preceder á la Real gracia, y que por lo tanto, no existe la violacion de forma, que de haber tenido lugar, hubiera infringido el derecho de los interesados á que aquella se guarde, y motivar la procedencia de la demanda solo bajo este aspecto;

Oida la Sala de lo contencioso, y de acuerdo con el fiscal, entiende que no procede la admision de la demanda de que se ha hecho mérito; sin perjuicio de que los interesados que se crean con derecho á pretender la remocion de la tutora y curadora de los hijos menores del conde de Casa-Montalvo, lo deduzcan si les conviniese ante los tribunales competentes.»

De conformidad con el dictámen de la minoría de la Sala de lo contencioso, y de acuerdo con el parecer del Consejo de Ministros,

Vengo en declarar improcedente la demanda de que se trata.

Dado en Palacio á 5 de Junio de 1877.—Alfonso.—El Presidente del Consejo de Ministros, Antonio Cánovas del Castillo. (*Gaceta* de 11 de Junio de dicho año).

TÍTULO VII.

DE LAS HABILITACIONES PARA COMPARECER EN JUICIO.

Núm. **163** y siguientes. La Ley orgánica del poder judicial de 1870, en la regla 8.ª del art. 309, dispone, conforme con el art. 1350 de la de Enjuiciamiento civil, que en las habilitaciones para comparecer en juicio, cuando por derecho se requieran, será fuero competente el del domicilio del que las solicitare.

Núm. **170**. Habiéndose dispuesto en el art. 64 de la Ley del matrimonio civil que se considera emancipado de derecho al hijo legítimo desde que hubiera entrado en la mayor edad, es consiguiente, segun ha declarado el Tribunal Supremo, que el hijo no necesita, en tal caso, autoridad del padre ni habilitacion para comparecer en juicio, porque *la facultad de comparecer en juicio* es inherente al pleno ejercicio de los derechos civiles: (sent. de 22 de Octubre de 1870).

Núm. **170**. La ley 11 tít. 1.° libro 10 de la Novísima Recopilacion prohibe á la mujer casada presentarse en juicio sin licencia de su marido, y si bien la ley 63 de los citados títulos y libro faculta al juez para concederle dicha licencia si *compelido aquel* no se la otorga, la misma Ley requiere el conocimiento de mediar *causa legítima ó necesaria* para que pueda adoptarse tal determinacion. Legalmente no puede suponerse que dicha causa legítima ó necesaria existe solo por separacion temporal de los consortes, ni por consecuencia del deposito interino de la mujer casada, decretado á su instancia como medida preventiva, cuando se propone intentar ó tiene ya entablada demanda de divorcio; porque para privar al marido de la representacion y derechos que por las Leyes le corresponden, como jefe de la sociedad conyugal, entre ellos el de comparecer en juicio en defensa de los que asistir pueden á su mujer, es indispensable, mediando justos motivos acreditados, que asi se declare por ejecutoria. De consiguiente, se infringen las Leyes citadas cuando no negándose el marido á representar en juicio á su mujer, se concede á esta autorizacion para litigar sobre sus bienes parafernales, sin licencia de aquel, estimando justa causa la de tener aquella entablada demanda de divorcio, de la que el marido fue absuelto en primera instancia, y procede por tanto la casacion de la sentencia: sent. de 14 de Noviembre de 1868.

Véanse las adiciones de este Apéndice á los números 43 al 51 del libro II del Tratado.

TÍTULO VIII.

DE LAS INFORMACIONES PARA PERPÉTUA MEMORIA.

Núm. **183**. Las informaciones para perpétua memoria, no son un medio legítimo para que las mujeres puedan acreditar la entrega de dotes á los maridos,