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,

porque, habiéndose prohibido en principio que los Jueces admitan ó hagan practicar las informaciones de aquella especie que ante ellos se promuevan cuando sean referenses *á hechos de que pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada*, y siendo estos unos vicios inseparables de tales informaciones, siempre que recaigan sobre entrega de dotes, es evidente que no se pueden practicar, y que, si á pesar de ello se practican, no pueden surtir efecto alguno probatorio: sentencia de 27 de Junio de 1864.

Núm. **180** y siguientes. Segun la regla 9.ª del art. 309 de la Ley orgánica del Poder judicial, en las informaciones para perpétua memoria, será fuero competente el del lugar ó lugares en que hayan ocurrido los hechos, ó aquel en que estén, aunque sea accidentalmente, los testigos en que hayan de declarar. Cuando estas informaciones se refieran al estado actual de cosas inmuebles, será fuero competente el del lugar en que estuvieren sitas.

Informacion de posesion.

Núm. **190**. La nueva reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de Diciembre de 1869, ha introducido en su art. 397, inserto en el núm. 190 del lib. 4.° del Tratado, las innovaciones de que, la inscripcion de su derecho por el propietario, se verifique «ante el Tribunal del partido, con audiencia del Fiscal del mismo en que estén situados los bienes; y si éstos lo estuvieren en pueblo ó término donde no resida dicho Tribunal, podrá hacerse la referida informacion ante el Juez «municipal respectivo, con audiencia del Fiscal municipal.»

Núm. **192**. El art. 399, de la antigua ley Hipotecaria (398 de la nueva Ley) que previene las circunstancias que debe espresar el escrito en que se pide la informacion y que se espone en el número 193 libro 4.° de esta obra, ha sido adicionado en la nueva ley Hipotecaria *segunda regla* del art. 398, en la cláusula que decia, que «la informacion se verificará con dos ó mas testigos vecinos» propietarios del pueblo ó término en que estuvieren situados los bienes, con la palabra *municipal* á continuacion de la de *término*. Ademas, debe tenerse presente acerca de lo que debe entenderse por pueblo, para los efectos de dicho art. 399 (hoy 398), la declaracion de la real orden de 26 de Abril de 1867, sobre que debe entenderse por pueblo, el conjunto de vecinos sujetos á un mismo ayuntamiento, bien habiten en poblacion agrupada ó en diseminada, y de consiguiente, que son testigos hábiles para las informaciones de que trata el art. 397 de la propia Ley, los que sean vecinos y propietarios de cualquiera de las localidades enclavadas en el término municipal del pueblo ó Ayuntamiento en que estan situados los bienes cuya posesion haya de acreditarse; lo cual ha de entenderse sin perjuicio de lo resuelto en Real orden de 18 de noviembre de 1863, para el caso de que no haya testigos vecinos y propietarios del lugar en que esten situados los bienes, que puedan deponer sobre los hechos de la informacion, á saber, que pueda verificarse dicha informacion con testigos propietarios del vecindario mas inmediato en que puedan encontrarse.

Núm. **193** al **197**. Las disposiciones de los artículos de la ley antigua, 398 al 403, insertos en los núms. 193 al 197 del lib. 4.° del Tratado, se han incluido en la nueva reforma de 1869 como reglas del art. 398, en la forma que á continuacion se expone:

Las disposiciones del art. 398 antiguo forman la regla primera del 398 moderno.

Las del art. 499 antiguo, forman, segun ya hemos dicho, la regla segunda del artículo 398 moderno.

Las disposiciones del art. 400, antiguo, inserto en el núm. 193 del Tratado, forman hoy la *regla tercera* del art. 398 nuevo referido.

Los arts. 401 al 403 antiguos, constituyen en el dia las *reglas tercera* y *cuarta* del art. 398 de la reforma de 1869. La reforma efectuada en el primer párrafo del artículo 401, se redujo á añadir, despues de las palabras «el recibo del último trimestre,» las de «ó un documento bastante para acreditar que ha realizado dicho pago.» Mas por la Ley de 17 de Julio de 1877, que ha introducido varias reformas y adiciones en la Ley Hipotecaria, se ha sustituido la regla 4.ª con la siguiente:

«El que trate de inscribir su posesion, presentará una certificacion del alcalde del pueblo en cuyo término municipal radiquen los bienes, autorizada, ademas, por el regidor síndico y el secretario del Ayuntamiento; y si alguno de los dos primeros no supiere firmar, lo hará por él otro indivíduo del municipio. En esta certificacion se expresará claramente, con referencia á los amillaramientos y catastros ú otros datos de las oficinas municipales, que el interesado pagaba contribucion á título de dueño, determinándose la cantidad con que contribuye cada finca si constare, y no siendo asi, se manifestará únicamente que todas ellas se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribucion que se hubiere repartido. En los pueblos en que existan comisiones especiales para la evaluacion de la riqueza inmueble y repartimiento de la contribucion, deberá acudirse á los mismos para obtener la certificacion á que se refiere el anterior párrafo, la cual se firmará por el presidente y secretario y por el regidor síndico del Ayuntamiento, si perteneciere á dicha comision.» (Siguen los otros dos párrafos finales del art. 401 antiguo, sin mas variacion que la de añadir, en el último, despues de las palabras «el último recibo de contribucion que éste haya satisfecho,» la cláusula «ú otro documento que acredite el pago.)»

El art. 402 antiguo, expuesto en el párrafo 2.° del núm. 194 del Tratado, se halla incluido en la *regla quinta* del art. 398 de la reforma.

El art. 403 antiguo, constituye la regla 6.ª del 398 citado. Los arts. 404 y 405 antiguos, expuestos en los núms. 196 y 197 del Tratado, forman el art. 399 de la reforma.

Segun el art. 406 antiguo, que constituye el párrafo 3.° del 399 de la reforma, la inscripcion que se haga expresará todas las circunstancias referidas en la primera regla del art. 398, y ademas los nombres de los testigos que hayan declarado; el resultado de sus declaraciones; el de las demás diligencias practicadas en el expediente; la opinion del ministerio fiscal y las circunstancias particulares de la inscripcion, segun su especie, en cuanto constaren del mismo expediente.

Los arts. 400 y 401 modernos que establecian otro medio de acreditarse é inscribirse la posesion, han sido derogados por el art. 6.° de la Ley de 17 de Julio de 1877.

Debe tambien tenerse presente sobre esta materia, que segun el art. 328 del nuevo Reglamento de la ley Hipotecaria «los espedientes judiciales de posesion á que se refiere al art. 397 de la Ley, se autorizarán por el Secretario del Tribunal ó del Juzgado municipal ante el cual se instruyan, y una vez terminados, se entregarán al interesado para que con ellos pueda presentarse á pedir la correspondiente inscripcion en el Registro. Efectuado, se archivarán en el del Tribunal ó Juzgado que los hubiere instruido, expidiéndose á los interesados las copias ó testimonios que solicitaren.

TÍTULO XIV.

DE LA VENTA DE BIENES DE MENORES É INCAPACITADOS Y TRANSACCION SOBRE SUS DERECHOS.

Venta de bienes de menores.

Núm. **270**. Segun la regla 7.ª del art. 309 de la Ley orgánica del poder judicial, en las autorizaciones para la venta de bienes de menores ó incapacitados, es fuero competente el del lugar en que los bienes se administren ó el del domicilio de aquellos á quienes pertenecieren.

Núm. **270**. Las cosas de menores no pueden enagenarse válidamente, sin que se justifique la necesidad de hacerlo ó las ventajas que han de resultarles, y aun en estos casos es indispensable la intervencion de sus guardadores y el conocimiento y prévia autorizacion del Juez del lugar, segun la ley 60, tít. 18, Part. 3.ª, y otras del mismo Código, sin que estén dispensados de estas formalidades los albaceas, por mas ámplio que sea su mandato. El carácter de árbitros arbitradores y amigables componedores tampoco les autoriza para proceder á la enagenacion de bienes de la testamentaría sin formalizar inventario en que conste su haber activo y pasivo, y mucho menos si hubiere herederos necesarios y menores de edad: sentencia de 23 de Octubre de 1857.

Las leyes 60 y 62, tít. 18, Part. 3.ª, comprenden un precepto general y absoluto segun el cual no se pueden enagenar las cosas raices de los menores, ni aun para pagar deudas ó con grande utilidad de los mismos, sin licencia ú otorgamiento del Juez del lugar; requisito del cual no se dispensa á los albaceas en ninguna de dichas leyes: sent. de 25 de Octubre de 1859, de 2 de Diciembre de 1862 y 28 de Noviembre de 1863.