

VINCULACION JURIDICA DE LOS CAPELLANES EN EL ACUERDO MARCO DE ASISTENCIA RELIGIOSA HOSPITALARIA DE 1985

ZOILA COMBALIA SOLIS
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. *Introducción.*—II. *Formas jurídicas previstas para la vinculación del capellán al hospital.*—1. Posibilidad de una vinculación funcionarial.—2. Vinculación laboral.—3. Vinculación mediante convenio autoridad hospitalaria-Ordinario del lugar.—III. *Algunas consecuencias de la dualidad de competencias (estatal y eclesiástica) sobre el servicio religioso.*—1. Doble vinculación del capellán.—2. Responsabilidad en el funcionamiento del servicio.—IV. *Estatuto jurídico del capellán.*—1. Regulación en los Acuerdos.—2. Regulación en la legislación laboral o administrativa.—V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que la definición constitucional del Estado español como un Estado social y democrático de derecho supone que el mismo queda obligado no sólo al reconocimiento o declaración formal de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino además a garantizar el goce de esos derechos, removiendo los obstáculos que impidan su efectividad y promoviendo las condiciones que lo hagan posible.

La libertad religiosa alcanza en nuestro país el rango de derecho fundamental. Los poderes públicos han de proteger su ejercicio sabiéndose, a la vez, incompetentes en materia religiosa. Esa caracterización dual del papel del Estado —promoción/inhibición— explica que la tutela de la libertad religiosa haya resultado especialmente polémica y controvertida.

A esa dificultad viene a sumarse la consideración de que nos hallamos ante una ciencia de todavía reciente desarrollo entre nosotros en cuyo es-

tudio están además implicadas distintas ramas del ordenamiento jurídico estatal.

La problemática expuesta, común a toda investigación de Derecho Eclesiástico, cobra especial vigor en la materia en la que se inserta nuestro estudio. Algunos autores han puesto de relieve cómo la regulación de la asistencia religiosa constituye, sin riesgo de exageración, uno de los más importantes retos que hoy se plantean al Derecho Eclesiástico del Estado; reto que se configura en su exacta dimensión al considerar, junto a los delicados problemas que introduce, la escasez de bibliografía española sobre el tema, así como lo dispar de la normativa afectada (Derecho Constitucional, Administrativo, Laboral...).

Las dificultades señaladas inciden directamente en el tema elegido para este estudio. No obstante, merece la pena su tratamiento, pues estimamos que con él se contribuye a dar respuesta a algunos de los interrogantes concretos que plantea a la sociedad el ejercicio de las libertades; aquí el ejercicio de la libertad religiosa de aquellos ciudadanos internados en hospitales públicos que, por la peculiar situación de falta de movilidad en que se encuentran, no podrían, sin una intervención especial de los poderes públicos, satisfacer su derecho a recibir asistencia espiritual¹.

La actualidad del tema incrementa su interés. La asistencia religiosa no permaneció al margen del cambio que supuso en nuestro Derecho Eclesiástico la Constitución de 1978. Junto a la Constitución, los Acuerdos firmados entre la Santa Sede y el Estado español, así como la Ley Orgánica de Libertad Religiosa son los textos fundamentales del nuevo sistema eclesialista asentado sobre la libertad religiosa y, en consecuencia, del nuevo sistema de asistencia espiritual². Ahora bien, el carácter *fundamental* de

¹ El fundamento actual de la asistencia religiosa se encuentra en el reconocimiento que de la libertad religiosa se lleva a cabo en el marco de un Estado social. Ver sobre el tema: G. COLLETTI, «Considerazione sull'assistenza religiosa», en *Studi per la revisione del Concordato*, Padova 1970, pág. 735; M. J. CIAURRIZ, *La libertad religiosa en el Derecho español. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Madrid 1984, pág. 187; DE LUCA, «Assistenza religiosa», en *Enciclopedia del Diritto*, III, 1958, pág. 796; A. GIRÁLDEZ, «Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas», en *Ius Canonicum*, 43, 1982, págs. 165-185; M. LÓPEZ ALARCÓN, «El interés religioso y su tutela por el Estado», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1983, págs. 565 y 566; E. MOLANO, «La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado español», en *Persona y Derecho*, 11, 1984, págs. 214 y sigs.; F. SEVERO SEVERI, «Osservazioni in tema di assistenza ed abrogazione del Concordato», en *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano 1973, pág. 1283; A. VITALE, «Assistenza spirituale e Diritto del lavoro», en *Il Diritto Eclesiastico*, parte II, 1979, pág. 376; I. IBÁN y L. PRIETO, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1987, págs. 210 y 211.

² Desde la perspectiva de la libertad religiosa, la Constitución se convierte en fuente fundamental del régimen jurídico de asistencia religiosa. Aunque no se refiere expresamente a la misma, en ella encontramos los principios que la regulan, pues en la Constitución se basa tanto la tutela jurídica de la dimensión religiosa del ciudadano individualmente considerado, como la libertad de las confesiones religiosas. LOMBARDIA trata el tema de la Constitución como fuente fundamental del Derecho Eclesiástico considerado como *legislatio libertatis* en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1983, págs. 136 y sigs.

estos textos les obliga a permanecer al nivel de declaraciones de principios y reconocimientos genéricos, exigiendo una regulación específica de aplicación y desarrollo. Con este fin se han firmado en el ámbito hospitalario una serie de Acuerdos entre autoridades civiles y eclesiásticas para la asistencia espiritual en hospitales públicos, a distintos niveles.

El primero de ellos —entre el Gobierno y la Conferencia Episcopal Española— se concluyó con fecha de 24 de julio de 1985. En aplicación del mismo, autoridades competentes de Organismos Estatales Autónomos, Comunidades Autónomas y Diputaciones, han celebrado Convenios con los Obispos del territorio correspondiente³. Así hoy, aunque el proceso no ha concluido, existe una regulación bastante completa y sistemática del servicio pastoral en hospitales públicos que se erige en posible paradigma para la articulación de la asistencia en otras instituciones similares.

De entre los distintos aspectos que trata la normativa expuesta para la organización de un servicio religioso en hospitales públicos, limitamos nuestra investigación a la vinculación jurídica del personal que presta la asistencia espiritual. ¿Es posible tras la firma del Acuerdo de 24 de julio de 1985 mantener una vinculación funcional?; ¿qué naturaleza tiene el convenio con el Ordinario que el Acuerdo prevé como un modo de integrar al capellán?; ¿puede compatibilizarse una relación jurídica laboral con las peculiaridades que el servicio religioso exige? La respuesta a estos interrogantes y a otros derivados de ellos constituye el contenido de las páginas que siguen. Conviene, sin embargo, no perder de vista que la atención que manifestamos hacia los intereses, seguridad y protección jurídica del capellán no se agota en sí misma. Esta atención se orienta a la garantía de un servicio religioso estable y competente en los hospitales públicos, de modo que quede asegurado el derecho de los enfermos a recibir asistencia religiosa. La tutela de este derecho constituye el objetivo de fondo latente en nuestro estudio.

La L.O.L.R. establece en su artículo 2: «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.»

Finalmente, el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos señala en el artículo IV que «el Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares».

³ La normativa de asistencia religiosa en hospitales públicos es modelo de una regulación descentralizada y flexible que la doctrina ha calificado como «Acuerdos en cascada». Existe un Acuerdo vigente en todo el territorio del Estado español (Acuerdo de 24 de julio de 1985, en B.O.E. núm. 305/1985, de 21 de diciembre), pero, dada la pluralidad de titulares de los centros y la necesidad de respetar las competencias en la materia, este Acuerdo podrá ser completado y aplicado por otros concluidos en diversos niveles. En nuestro estudio nos hemos centrado en el Acuerdo de 24 de julio de 1985, precisamente por su carácter de Acuerdo Marco.

II. FORMAS JURÍDICAS PREVISTAS PARA LA VINCULACIÓN DEL CAPELLÁN AL HOSPITAL

La comprensión de los principios que inspiran la normativa vigente sobre vinculación jurídica de los capellanes, requiere una breve exposición de la situación inmediata que antecede la puesta en marcha de los diálogos que culminarían en la firma de los Acuerdos sobre asistencia religiosa.

Según declara un informe del Secretariado Nacional de Pastoral Sanitaria de septiembre de 1981, la situación jurídica de los capellanes era poco clara y precisa en la determinación de sus obligaciones y derechos, en la delimitación de su dependencia, en la fijación de horarios, etc.; variaba y era diversa en los hospitales según la Entidad de la que dependían, en los hospitales dependientes de una misma Entidad y, a veces, aun en el mismo hospital⁴; el servicio religioso aparecía como un *ente aparte* en el Centro, sin conexión ni coordinación con el resto de los servicios; finalmente, señala el informe del Secretariado Nacional de Pastoral Sanitaria, las circunstancias de pluralismo en todos los órdenes, así como la politización existente, colocaban al servicio religioso y al capellán en una situación de *indefensión jurídica* y en condiciones de *auténtica precariedad*, quedando a merced de los *aires* que se respiraban en la Dirección del Hospital y/o de la Entidad, así como de las reivindicaciones político-sindicales de los Comités de Empresa u otros grupos de presión.

Esta situación incierta y con frecuencia desfavorable requería una revisión urgente que se concretara en una regulación jurídica unitaria y coherente. Para lograr la eficacia en la asistencia hospitalaria los Acuerdos han construido un servicio religioso *profesionalizado*, de modo que la asistencia pastoral no sea algo coyuntural, con un contenido restringido a la administración de sacramentos, sino que, desde una visión amplia de la tarea que le compete, exista una organización estable. Se excluye la posibilidad de una prestación ocasional no integrada cuya única garantía sería *no prohibir la entrada* al capellán. Para ello los Acuerdos integran el servicio en el centro hospitalario. No se trata de prestar asistencia religiosa desde fuera, sino que es el mismo hospital, a través de un órgano propio, el que pone a dis-

⁴ Sintetizando, se daban las siguientes situaciones básicas: *a*) la de los capellanes asimilados a funcionarios. En esta situación se encontraban un gran número de los capellanes de hospitales dependientes de la Administración local (Diputaciones, Cabildos y Municipios); *b*) la de los contratados laboralmente (mediante contrato laboral entre el capellán y la Institución). En esta situación estaban los capellanes de los hospitales dependientes de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (A.I.S.N.); *c*) la de los que prestaban sus servicios por el cauce de un convenio entre el Obispado y la Institución. El Obispado nombra y la Institución retribuye al capellán nombrado, haciéndole figurar en la nómina del personal hospitalario. En esta situación estaban los capellanes de los establecimientos sanitarios de la Seguridad Social, los de los hospitales clínicos universitarios —en su mayor parte— y los de algunos hospitales privados; *d*) la de los que prestaban sus servicios merced a un compromiso verbal entre la Institución y la parroquia en la que estaban enclavado el hospital. No figuraban en la nómina y, en algunos casos, percibían una gratificación.

posición de los enfermos el servicio pastoral. Esto no implica intromisión en las competencias de la Iglesia que siguen siendo exclusivas sobre los aspectos espirituales, esto es: sobre el contenido de la atención religiosa que se presta. Pero a esta competencia eclesiástica, se suma la de las autoridades civiles hospitalarias sobre los aspectos organizativos o funcionamiento externo del servicio ⁵.

Dentro del margen de un servicio de asistencia religiosa integrado en el hospital, las soluciones concretas que el Acuerdo Marco adopta para la vinculación jurídica del personal vienen expresadas en su artículo 7 al afirmar que: «Para establecer la necesaria relación jurídica con el personal del servicio de asistencia religiosa católica, las distintas Administraciones públicas competentes en la gestión de centros hospitalarios podrán optar bien por la celebración de un contrato laboral con dicho personal, bien por la celebración de un oportuno convenio con el Ordinario del lugar.» Dos son, pues, las formas posibles de vinculación que el Acuerdo prevé: vinculación laboral y vinculación mediante «oportuno convenio con el Ordinario».

Sin embargo, actualmente, algunos hospitales mantienen una tercera solución: la vinculación funcionarial o estatutaria.

1. *Posibilidad de una vinculación funcionarial*

Esta vía, no recogida explícitamente en los Convenios, es técnicamente posible por el cauce del respeto a los derechos adquiridos ⁶. Ahora bien, siendo técnicamente posible, ¿lo es también materialmente?

a) *Principio de laicidad*

Desde un punto de vista material, la posibilidad de establecer una vinculación funcionarial o estatutaria para los capellanes que prestan asistencia religiosa en hospitales públicos plantea un problema de difícil solución:

¿Es compatible con la laicidad estatal el hecho de que quienes presten asistencia religiosa en centros públicos tengan por ello la condición de funcionarios del Estado?

Dar respuesta a esta pregunta supone profundizar en el contenido del principio de laicidad, así como en la naturaleza del funcionario público.

⁵ Al Estado compete la obligación de garantizar con su normativa, ayuda técnica y material, etc., la efectividad del derecho de asistencia espiritual. Sin embargo, el Estado es incompetente en materia religiosa. La prestación de la asistencia, en lo que tiene de atención espiritual a la persona, compete exclusivamente a las confesiones.

Una referencia a las distintas competencias y posición jurídica en la que se encuentran la Iglesia y el Estado respectivamente ante el derecho del ciudadano hospitalizado a recibir asistencia religiosa puede encontrarse en E. MOLANO, *La asistencia...*, págs. 232 y 233.

⁶ «Se respetarán las situaciones y los derechos adquiridos de los actuales capellanes de los centros hospitalarios del sector público...» (Acuerdo Marco, disposición transitoria).

Un sector de la doctrina ha puesto de relieve como en nuestra Constitución no existe una definición expresa de la laicidad estatal, afirmando asimismo que tal explicitación hubiese supuesto una redundancia innecesaria, pues la laicidad es consecuencia inequívoca de la definición constitucional del Estado español: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1). MOLANO manifiesta la evidencia de que «un Estado democrático que propugna como valores supremos, entre otros, la libertad y la igualdad (del individuo y de los grupos en que se integra), por su propia naturaleza no es confesional salvo que expresamente y precisamente haciendo uso de su soberanía quiera declararse Estado confesional»⁷. Estamos, pues, ante un Estado laico «por omisión».

El Estado español es un Estado laico, pero, dado que esta expresión ha adquirido a lo largo de la historia significados y valoraciones diferentes, convendrá que nos detengamos a analizar el sentido de la laicidad en el vigente ordenamiento jurídico español. Para ello es necesario poner en relación la laicidad con el resto de los principios inspiradores de nuestro Derecho Eclesiástico, pues «dentro de estos principios existe una jerarquización que permite resolver las posibles antinomias a las que, indefectiblemente, conduciría cualquiera de ellos si fuera interpretado aisladamente de los demás, olvidando que todos ellos constituyen un sistema y se autolimitan mutuamente»⁸.

En este sentido es particularmente ilustrativo estudiar la correlación que existe entre los principios de libertad religiosa y laicidad que VILADRICH identifica con la que se da entre esencia y actuación del Estado ante lo religioso. La libertad religiosa define la *esencia* o identidad que el Estado es ante la fe. Por la libertad religiosa el Estado *es* «ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole, por principio esencial, coaccionar o sustituir el acto de fe y la práctica religiosa de sus ciudadanos, ni siquiera concurrir, como un ente o sujeto más, con la fe religiosa de esos ciudadanos. La fe y la religión, en cuanto realidades religiosas, están liberadas de la naturaleza de Estado en cuanto tal Estado»⁹. La laicidad define la *actuación* del Estado ante el factor religioso. La naturaleza de la actuación depende de la naturaleza del ser. Ahora bien, la radical incompetencia que el Estado es ante la fe, no supone en absoluto una actuación del Estado de indiferencia, pasividad o ignorancia, la cual, al contrario, debería entenderse como profesión o declaración estatal de ateísmo,

⁷ E. MOLANO, «La laicidad del Estado en la Constitución española», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pág. 245.

⁸ J. FERRER ORTIZ, «Laicidad del Estado y cooperación con las confesiones», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. III, 1987, pág. 239.

⁹ P. J. VILADRICH, «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español», en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona 1983, pág. 216.

agnosticismo o indiferentismo, y, por consiguiente, clara violación del principio de libertad religiosa.

La laicidad lo que nos señala es «la actuación solamente estatal de aquel Estado que, como ente, se define radicalmente incompetente para coaccionar, sustituir o concurrir junto a sus ciudadanos»¹⁰.

Ahora debemos plantearnos qué es actuar como Estado o actuar laicamente. Actuación laica del Estado supone que éste no concurre como sujeto de las opciones religiosas. Los sujetos del derecho de libertad religiosa son el individuo y las comunidades (confesiones religiosas), no el Estado.

El Estado no es competente para definir lo religioso en cuanto tal, pero, en cuanto lo religioso es un factor social que forma parte del bien común, el Estado no sólo puede, sino que debe actuar reconociendo, promoviendo y garantizando jurídicamente el factor social religioso.

El artículo 16, 3, de nuestra Constitución sostiene que «ninguna confesión tendrá carácter estatal». Lo que esta norma —consecuencia concreta de la laicidad— afirma realmente es «el carácter social y no estatal de las confesiones religiosas, y como consecuencia de ello la mutua independencia entre Estado y confesiones. Según esta norma —sostiene MOLANO—, las confesiones deben permanecer siempre en el ámbito de la sociedad y desarrollar sus funciones y actividades dentro siempre de ese ámbito, sin que puedan esas funciones o actividades ser absorbidas por el Estado mediante una confusión institucional que dañaría la autonomía e independencia de las confesiones»¹¹.

Hemos concluido de las consideraciones anteriores que una absorción por el Estado de actividades o funciones propias de las confesiones religiosas mediante confusión institucional, dañaría la autonomía e independencia que significa el Estado laico.

No requiere demostración la afirmación de que la prestación de servicios religiosos es función propia y exclusiva de las confesiones religiosas. ¿Cómo justificar entonces la intervención estatal en la asistencia religiosa dejando a salvo el principio de laicidad? La respuesta viene del entendimiento de la asistencia religiosa desde el derecho de libertad religiosa, derecho fundamental de la persona humana reconocido constitucionalmente. Hemos señalado cómo la configuración del Estado español como Estado social y democrático de derecho implica un compromiso no sólo por reconocer, sino por garantizar la efectividad de los derechos y libertades del ciudadano. Esta fundamentación abre una vía de cooperación Iglesia-Estado en materia de asistencia religiosa, ya que sin la cooperación de los poderes públicos difícilmente podría hacerse efectivo el derecho del ciudadano hospitalizado a recibir asistencia espiritual.

La cooperación exige una delimitación de competencias que tenga en

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ E. MOLANO, *La laicidad...*, pág. 251.

cuenta la distinta naturaleza de las entidades que colaboran, de modo que quede claro que el sujeto que presta el servicio es la confesión religiosa. El papel del Estado en la tarea de asistencia religiosa no puede ser —al menos en un Estado aconfesional— el de titular de esa función. La cooperación puede llevarse tan lejos como se quiera, pero siempre que se mantenga la diferenciación entre el ámbito estatal y el religioso, pues en el momento en que se confunden ya no hay cooperación, sino integración y, en consecuencia, violación de la laicidad.

Situado así el tema, debemos preguntarnos si el hecho de que sean funcionarios quienes presten la asistencia religiosa implica necesariamente que esta asistencia se transforme en actividad estatal. La respuesta dependerá del concepto de funcionario que adoptemos.

Quienes siguen en este punto la doctrina de KELSEN, defienden que *funcionarización* equivale a *estatalización*. La consecuencia es que el concepto de *capellán funcionario* es contrario al principio de laicidad, pues supone transformar una actividad religiosa en actividad estatal. Veamos esta tesis con más detenimiento.

KELSEN define al funcionario como órgano estatal en sentido estricto o material: «Los órganos del Estado en sentido estricto se llaman funcionarios. La imputación al Estado de cierta función tiene lugar en cuanto ésta es realizada por un individuo en su carácter de órgano estatal, en el sentido material o estricto de la palabra o, lo que es lo mismo, en su carácter de funcionario»¹². Consecuencia inmediata de la adquisición de la condición funcional es, pues, para KELSEN, la imputación al Estado de su actividad.

A esta doctrina se adhiere la impugnación ante el Tribunal Constitucional del apartado 4 del artículo 9 de la Ley 48/1981, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera. La razón de la impugnación es que el precepto reconoce la existencia del cuerpo eclesiástico y le otorga un tratamiento similar al de otros cuerpos y escalas. Señalan los recurrentes que el Estado puede poner a disposición de los militares una asistencia religiosa específica, pero que el hecho de confiar su ejecución a unos órganos especializados que tienen la cualidad de funcionarios supone una infracción del artículo 16, 3, de la Constitución. La razón que dan es que la asistencia religiosa si es prestada por funcionarios se transforma en una «función estatal, como puede ser la defensa del territorio, la justicia o la representación diplomática, con la particularidad de que esa función se define exclusivamente por un criterio o elemento religioso»¹³.

¹² H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de EDUARDO MAYNEZ, México 1949, pág. 204.

¹³ Recurso de inconstitucionalidad núm. 24/1982, de 13 de mayo, en B.O.E. de 9 de junio de 1982.

Presupuesto de este hilo argumental es que el régimen funcional implica en todo caso poder público para el desempeño de funciones públicas o estatales. Si esto es así necesariamente *funcionarización* equivale a *estatalización*.

No obstante, este presupuesto puede ponerse en duda siguiendo la vía de la distinción entre función pública y servicio público. La razón de esta distinción está en que la función pública participa en todo caso del poder del Estado y es de carácter siempre jurídico (debido, coactivo, etc.), mientras que el servicio público es de carácter material y técnico, y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)¹⁴.

Aceptando esta distinción, cabe la posibilidad de que existan funcionarios incorporados a la Administración para la gestión no de funciones públicas, sino de servicios de interés general (cuya titularidad no es exclusiva del Estado), en cuyo caso en su actividad no utilizarían poder público. La asistencia religiosa, por el hecho de que quienes la presten estén sujetos a un régimen funcional, no se convertiría entonces necesariamente en una función estatal.

A la misma conclusión llegan quienes consideran que la fórmula del funcionariado tiene un carácter meramente instrumental que en absoluto afecta a la laicidad del Estado. En la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso anteriormente citado¹⁵, el Abogado del Estado afirma: «Supuesto que la libertad del ciudadano no padece por la prestación de una asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas (...), el problema queda situado en sus aspectos instrumentales. ¿Cómo puede el Estado prestar el servicio de asistencia religiosa? Puede hacerlo a través de sus propios medios, incardinando en su propia organización a las personas más aptas para la prestación del servicio, o puede hacerlo valiéndose de fórmulas de “gestión indirecta” (...). La opción por uno de estos dos sistemas viene condicionada por datos o factores históricos o tradicionales. Y, sobre todo, corresponde a la “discrecionalidad de la Ley (del Parlamento) establecer los modos y formas en que se articula la cooperación”. La preferencia por el sistema que la demanda califica de “integración orgánica” o por otras fórmulas de asistencia religiosa, por su significado secundario e instrumental, debe quedar confiada a la opción del legislador, sin que la Constitución imponga una única solución, lo que sería la negación del pluralismo político (...).

Tanto en el sistema de “integración orgánica” como en los sistemas de “gestión indirecta”, el servicio de asistencia se presta por los ministros de culto de cada religión. En el sistema de “integración orgánica” la cualidad

¹⁴ Cfr. J. M. CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Madrid 1983, pág. 139.

¹⁵ Tribunal Constitucional, sentencia núm. 24/1982, de 13 de mayo, en B.O.E. de 9 de junio de 1982.

de funcionario se ostenta no por ser ministro de culto, sino —como cualquier funcionario— por superar las pruebas selectivas, aunque el título exigido para concurrir a ellas sea un título eclesiástico que para estos efectos los Estados homologan como adecuado a la función a desempeñar.»

Asimismo, para MOLANO «el estudio acerca de la evolución que ha seguido el régimen del funcionario, nos podría llevar a concluir que muchas veces se trata sencillamente de una técnica administrativa, para incorporar al servicio de la Administración a las personas que han de prestar servicios permanentes a cargo del Estado»¹⁶.

Finalmente puede ser útil una breve referencia al Derecho comparado. En Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Holanda y Suiza se compatibiliza, sin menoscabo alguno de la laicidad estatal, la existencia de capellanes integrados en las filas del ejército y sujetos a graduación. En el Derecho Eclesiástico alemán, en cuyo fundamento se encuentran al igual que en nuestro país el principio de laicidad junto con el de cooperación, se regula la asistencia religiosa en los siguientes términos: Si, para establecer en los hospitales, cárceles y demás establecimientos públicos «una asistencia religiosa permanente, se debieran constituir capellanes eclesiásticos con carácter de funcionarios del Estado u otras entidades públicas, se hará de acuerdo con la autoridad eclesiástica superior»¹⁷.

b) *Laboralización de la función pública*

La oportunidad de la vinculación funcional de los capellanes debe analizarse en el marco de la tendencia actual hacia una laboralización de la función pública. Dicha tendencia tiene su principal soporte en la doctrina italiana¹⁸. Parte de la distinción entre determinados funcionarios que ocupan puestos de dirección política y ejercicio de la autoridad, y la gran mayoría del cuerpo para los que no tiene sentido alguno tal ejercicio. Únicamente para los que llevan sobre sí algún signo de esa autoridad es para los que se postularía con toda rigidez el estatuto de la función pública, mientras que para todos los demás bastaría la aplicación del ordenamiento laboral común, con alguna especialidad o sectorización por razón de su mismo trabajo.

Esta doctrina ha sido acogida en nuestro país por parte de los administrativistas, si bien un sector considerable se muestra contrario a su implantación. Este segundo grupo de autores deja constancia del peligro que puede

¹⁶ E. MOLANO, *La asistencia...*, págs. 239 y 240.

¹⁷ «Inter Sanctam Sedem et Germanicam Republicam Solemnis Conventio», art. 28, en *A.A.S.*, 25 (1983).

¹⁸ RUSCIANO es uno de los autores que más ha contribuido al lanzamiento de una visión laboralista de la función pública. Ver M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bolonia 1978.

suponer la laboralización para la exigencia de imparcialidad que debe guiar la acción administrativa¹⁹.

Con independencia de la valoración que merezcan las opiniones de unos y otros autores, el hecho es que la tendencia a la laboralización va penetrando de forma moderada en nuestro país, principalmente a raíz del triunfo del Partido Socialista en las elecciones de 28 de octubre de 1982.

La alternativa que los partidos de izquierda presentan para la función pública española la sintetiza GONZÁLEZ-HABA concluyendo que «los dos (P.S.O.E. y P.C.E.) apuestan por una Administración pública democratizada, al servicio del pueblo, controlada desde la propia sociedad y en la que presten servicios los funcionarios públicos dotados de los mismos derechos que los trabajadores del mundo laboral»²⁰.

En este sentido es ilustrativa una de las resoluciones del XXX Congreso del P.S.O.E.: «Se flexibilizará el derecho de la función pública, que en relación al derecho laboral no tendrá otras especialidades que las estrictamente requeridas para el desempeño de funciones de autoridad.» Se esgrime asimismo la posibilidad de que determinados colectivos, hasta ahora inmersos en la normativa funcionarial, sean convertidos en personal laboral dejando, por tanto, de estar sometidos al clásico régimen estatutario²¹.

Una recapitulación del contenido hasta aquí expuesto nos conduciría a afirmar que, teniendo en cuenta la, al menos, dudosa compatibilidad de la vinculación funcionarial del capellán con la laicidad estatal, la creciente tendencia hacia la laboralización y, finalmente, la redacción del artículo 7 del Acuerdo Marco que se expresa planteando una doble opción (contrato laboral-convenio con el Ordinario) excluyente de otras posibilidades; mantener la vinculación funcionarial para los capellanes de hospitales públicos, hoy sólo sería posible por la vía del respeto a los derechos adquiridos, para aquellos que antes de la firma del Acuerdo estuvieran en régimen estatutario. Y aún para esos capellanes sería deseable —en nuestra opinión— una pronta integración en los regímenes jurídicos expresamente previstos en los Convenios.

¹⁹ Cfr. J. I. MORILLO VELARDE, «Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 48, 1985, pág. 526; V. R. VÁZQUEZ DE PRADA, «El funcionario público: señas de identidad», en *Documentación Administrativa*, 189, 1981, pág. 208; GARRIDO FALLA, «La institución administrativa en la Constitución española», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 1, 1980; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre Constitución española*, I, U.N.E.D., 1978; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (Organización y empleo público)*, Madrid 1986, págs. 189 y sigs.

²⁰ V. GONZÁLEZ-HABA, «Los partidos políticos ante los funcionarios», en *Documentación Administrativa*, 198, 1983, pág. 225.

²¹ V. GONZÁLEZ-HABA, «La función pública local en el marco de la reforma burocrática española», en *Revista de Administración Pública*, 107, 1985, pág. 107.

2. Vinculación laboral

La aceptación de fórmulas laborales para el trabajo de clérigos y religiosos ha ido abriéndose camino con grandes dificultades en la doctrina y la jurisprudencia. Esa resistencia a calificar al sacerdote como «trabajador», BOTTA la explica como vestigio de una equivocada asimilación entre *locatio operarum* y *locatio hominis*, en cuya virtud el hombre se convertiría en objeto de un derecho de disfrute contractualmente garantizado al patrono²².

En el caso de actividades ministeriales, los intentos de separación de la órbita del Derecho del trabajo han sido aún mayores: «La excelsa misión de cura de almas que incumbe a los sacerdotes —afirmó nuestro Tribunal Supremo— no puede ser objeto de ningún contrato, por hallarse excluida del comercio humano»²³.

Hoy, sin embargo, se han superado en parte aquellas imposiciones que negaban la posibilidad de una relación laboral para el clero con argumentos radicados en la autonomía de la Iglesia y/o la espiritualidad de las prestaciones. Esta superación es patente para el *personal eclesiástico* que desempeña las mismas tareas y en las mismas condiciones que el *personal no eclesiástico* de la entidad de que se trate. Es contrario al principio constitucional de igualdad la presencia en las mismas instituciones e idénticos puestos de trabajo de personas con una fuerte protección legislativa (laboral), junto a otras excluidas de esa tutela únicamente por su condición sacerdotal o religiosa.

La superación de la imposibilidad de una relación laboral para el clero se acentúa por la actual tendencia expansiva del Derecho laboral y su creciente sustracción a la autonomía e iniciativa privadas y sometimiento a un mayor control de los poderes públicos y sociales como garantía que compense la posición subordinada del trabajador.

Ahora bien, ¿ocurre lo mismo en el caso de que clérigos y religiosos no se ocupen de tareas comunes a las del *personal no eclesiástico* (enseñanza, enfermería, etc.), sino que desempeñen actividades específicamente ministeriales? En concreto, ¿podría instaurarse una relación laboral para el capellán que presta asistencia religiosa en centros hospitalarios públicos?

Aunque ahora ya nos consta la respuesta afirmativa de los Acuerdos, puede ser de utilidad adentrarnos en un análisis del concepto de asistencia religiosa que permita deducir si esta actividad es o no compatible con las características del trabajo objeto del Derecho laboral.

Dichas características las recoge el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores al extender su ámbito de aplicación a los trabajadores que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro

²² Cfr. R. BOTTA, *Il lavoro dei religiosi*, Padova 1984, pág. 116.

²³ Tribunal Supremo, sentencia de 10 de marzo de 1965 (Ar., núm. 2.074).

del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». El trabajo de la legislación laboral es, por tanto, un trabajo voluntario, retribuido, prestado por cuenta y bajo dependencia ajenas.

a) *Trabajo voluntario*

La voluntariedad se identifica con el carácter contractual de la relación. No es necesario insistir en que tal carácter se ha negado en ocasiones para actividades pastorales, argumentando que la espiritualidad de la prestación implica su exclusión del comercio humano y, en consecuencia, su exclusión del ámbito contractual²⁴. Nos hemos referido ya a la superación de este planteamiento en virtud del principio constitucional de no discriminación y de una mayor intensidad en la tutela pública al *ciudadano trabajador* sin que su condición sacerdotal pueda ser obstáculo a esa tutela.

Ha habido, por otra parte, quienes han pretendido una contraposición entre el vínculo directo capellán-hospital, que se origina como consecuencia del contrato, y el ámbito de potestad y responsabilidad propios del Ordinario. Este peligro —real— lo salva el Acuerdo de asistencia religiosa estableciendo la necesidad de designación previa por el Ordinario como condición de idoneidad para la firma del contrato laboral. El capellán vinculado al centro por el contrato es, a la vez, sujeto vinculado a su Ordinario por la misión recibida, vínculo de índole canónica con cierta eficacia civil en virtud del Acuerdo.

Si acudimos en busca del apoyo jurisprudencial, nos encontramos con que la existencia de una relación contractual directa entre el capellán que presta los servicios y el hospital ha sido declarada en varias sentencias del Tribunal Central de Trabajo. La de 28 de febrero de 1979²⁵ resuelve sobre la demanda interpuesta por el capellán de una residencia de la Seguridad Social, el cual solicitaba la declaración del carácter laboral (y consiguiente afiliación al Régimen General de la Seguridad Social) de la relación de servicio que le unía con el Instituto Nacional de Previsión. El Tribunal afirmó que «el servicio se presta, como se deduce del nombramiento, en virtud de una relación establecida directamente entre el Instituto Nacional de Previsión y el mismo demandante, por iniciativa y decisión del propio Instituto, y no por causa de un concierto entre este organismo y una institución religiosa»²⁶.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 28 de febrero de 1979 (Ar., núm. 1.291).

²⁶ Sobre una petición idéntica (reconocimiento de la condición laboral del contrato y afiliación a la Seguridad Social de capellán de I.N.S.A.L.U.D.) resuelve otra sentencia en la que se reconoce el carácter contractual directo en los siguientes términos: «Aunque el nombramiento fuera aprobado por el Vicario (...) la relación se originó de modo directo entre demandante y demandado, prestándose los servicios por tal causa y no por concierto entre el

b) Trabajo retribuido

Lo esencial de un trabajo retribuido o, como algunos autores prefieren, *productivo* es que tenga como causa final la subsistencia de quien trabaja. Por tanto, quedan excluidos los trabajos altruistas o benévolos²⁷.

La doctrina define el trabajo benévolo como aquel cuya causa no es el interés en la contraprestación recíproca, propio de todo contrato, sino la benevolencia, y esto se refleja en la falta de *animus obligandi*²⁸.

Ciertamente en la prestación de la asistencia religiosa concurren motivos que la jurisprudencia ha venido calificando como de *benevolentiae causa*: caridad²⁹, deseo de prestar generosa ayuda³⁰, espíritu de liberalidad y altruismo³¹, etc. Ahora bien, «el espíritu de caridad con que el religioso presta el propio trabajo (...), no puede ser idóneo, por sí solo, para excluir la existencia de una relación de trabajo subordinado»³². Para que esta *benevolentiae causa* tenga relevancia jurídica es necesario que se refleje en una ausencia de *animus obligandi*. Sin embargo, en la actividad de asistencia religiosa el *animus obligandi* puede estar presente en las partes: en la dirección del centro hospitalario, el concebir la asistencia religiosa como un servicio del hospital, integrado en el mismo para una mejor atención a los pacientes. Es este deseo el que le conduce a la firma del contrato laboral; en el capellán que presta asistencia religiosa, al manifestar su voluntad de estar en el hospital por derecho propio.

Este modo de entender la asistencia religiosa es el que incorpora el Acuerdo Marco, concibiéndola no como trabajo benévolo, sino debido en justicia y, en consecuencia, remunerado.

c) Trabajo por cuenta ajena

Es aquel trabajo cuyos frutos son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo.

En el caso que nos ocupa, la prestación de asistencia religiosa forma parte de los servicios que el hospital pone a disposición y para beneficio de los pacientes. En este sentido se pronuncia el Tribunal Central de Trabajo

Instituto y una Comunidad religiosa» (Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 8 de marzo de 1983 —Ar., núm. 1.874—).

²⁷ Cfr. M. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, Madrid 1982, pág. 21.

²⁸ Ver I. GÁRATE CASTRO, «Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad», en *Revista Política Social*, 131, 1981, págs. 185 y sigs.; M. ALONSO OLEA, *Derecho...*, pág. 44; DIÉGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1984, págs. 49 y sigs.

²⁹ Cfr. Tribunal Supremo, sentencia de 29 de marzo de 1944 (Ar., núm. 439).

³⁰ Cfr. Tribunal Supremo, sentencia de 23 de octubre de 1983 (Ar., núm. 1.139).

³¹ Cfr. Tribunal Supremo, sentencia de 30 de septiembre de 1969 (Ar., núm. 4.206).

³² FINOCCHIARO, «Convenzioni tra enti religiosi ed enti ospedalieri per la attività prestate da personale religioso in ospedali pubblici», en *Il Diritto Ecclesiastico*, parte I, 1967, página 74.

afirmando que «la organización de la asistencia religiosa se ha estimado indisociable del régimen de atención a los beneficiarios»³³.

d) *Trabajo dependiente*

El texto legal recoge la nota de la dependencia al señalar que el trabajo se preste «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Este ha sido el aspecto que más sentencias negativas de la condición laboral de capellanes ha suscitado. Es frecuente —o al menos lo ha sido— la prestación de asistencia religiosa por capellanes dependientes exclusivamente de su Ordinario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1965, que contempla el caso de un capellán de explotación forestal, señala que ese eclesiástico no acudía al lugar de la empresa cumpliendo órdenes de la misma, de la que no dependía en ningún concepto, ni se hallaba sometido a su disciplina, «puesto que dependía en el ejercicio de su sagrado ministerio del párroco y de la jerarquía eclesiástica»³⁴. Más recientemente el Tribunal Central de Trabajo afirmó, en un supuesto similar, que «los servicios no se prestaban (...) dentro del ámbito de dirección y organización de la empresa, es decir, con subordinación del trabajador al empresario (...), exigencia que está en contradicción con la necesidad de nombramiento por parte del Obispo, del cual lógicamente dependía...»³⁵.

No obstante, ya antes de la firma del Acuerdo se han dado otros supuestos para los que el Tribunal ha reconocido la existencia de una relación de dependencia. Por ejemplo, la sentencia de 8 de marzo de 1983, entre las razones que da para el reconocimiento de una relación laboral del contrato que vincula al actor (capellán) con el I.N.S.A.L.U.D., menciona «la atención a las instrucciones de la Institución en orden a la coordinación de los distintos servicios (...) y el sometimiento al horario y al ámbito organizativo del centro»³⁶.

En conclusión, no existe dificultad insalvable —ni jurisprudencial ni doctrinalmente— para una consideración de la asistencia religiosa como actividad prestada de modo voluntario, remunerado y por cuenta y bajo dependencia ajenas. Así lo estimaron quienes trabajaron en la elaboración

³³ Cfr. Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 22 de marzo de 1985 (Ar., núm. 2.030).

³⁴ Tribunal Supremo, sentencia de 10 de marzo de 1965 (Ar., núm. 2.074). Ver comentario a la sentencia en C. PESO Y CALVO, «Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1965», en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 2, 1966.

³⁵ Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 4 de abril de 1984 (Ar., núm. 2.032).

³⁶ Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 8 de marzo de 1983 (Ar., núm. 1.874); cfr. también sentencias de 22 de marzo de 1985 (Ar., núm. 2.030) y de 28 de febrero de 1979 (Ar., núm. 1.291), que afirma: «El demandante debe atender a las instrucciones de la Institución, para la coordinación de los distintos servicios.»

del Acuerdo Marco, lo que les llevó a establecer la posibilidad de una vinculación laboral para los capellanes de hospitales públicos.

3. Vinculación mediante convenio autoridad hospitaria-Ordinario del lugar

«Las distintas Administraciones públicas (...) podrán optar (...) por la celebración de un oportuno convenio con el Ordinario del lugar», establece el Acuerdo Marco en su artículo 7.

No es tarea fácil determinar la naturaleza jurídica del «oportuno convenio con el Ordinario del lugar» que recoge el Acuerdo como una de las dos posibles formas para la vinculación jurídica del capellán. La dificultad deriva de la ambigüedad —posiblemente intencionada— del término empleado. «Con la expresión oportuno convenio —escribe MOLANO— se ha huido de una fórmula rígida y se ha buscado un instrumento flexible para establecer la relación.» La flexibilidad de la figura permite que sean las propias partes interesadas que intervienen en el convenio las que puedan darle el contenido más adecuado a las finalidades que con él se pretenden. El carácter específico de las funciones del servicio religioso requiere un «instrumento jurídico adecuado a sus características propias y, por tanto, también a su propia tipicidad jurídica»³⁷.

Esta indeterminación, fruto del principio de libertad de pacto, hace que renunciemos a la tarea de un *encasillamiento cerrado* de la figura que estudiamos en una concreta categoría de convenios, con un régimen jurídico plenamente aplicable y perfectamente determinado.

Ahora bien, la autonomía de las partes y la libertad de pacto tienen un límite impuesto principalmente por la seguridad jurídica. Por ello renunciamos a lo que hemos denominado *encasillamiento cerrado*, pero no a un análisis que muestre la posibilidad, dificultades, ventajas y desventajas que derivan de reconducir el «oportuno convenio con el Ordinario» a un sector u otro del ordenamiento.

La primera calificación genérica que puede hacerse del supuesto, sin cerrar la posibilidad de otras fórmulas (por ejemplo: contrato civil de arrendamiento de servicios) viene de situarlo en el campo de la actividad bilateral de la Administración. Pero «tal calificación genérica —señala GARCÍA DE ENTERRÍA— viene a limitarse a poco más que ofrecer una etiqueta común a un conjunto de figuras institucionales que inmediatamente parece preciso diferenciar por su régimen (...), puesto que la sustancia institucional verdadera hay que ir necesariamente a buscarla en cada uno de los tipos diferentes aglutinados en el seno de esta etiqueta abstracta. La

³⁷ E. MOLANO, «La asistencia religiosa en los hospitales públicos», en *Actualidad Administrativa*, 21, 1987, págs. 1187 y 1188.

primera y elemental distinción tiene que ser la relativa a la especie de sujeto que concurre con la Administración en la producción de la declaración, y aquí procede distinguir según ese otro sujeto sea, o bien una Administración, o bien un administrado. En el primer caso nos encontramos con convenios interadministrativos, en el segundo, convenios Administración-administrados»³⁸.

En el caso del que nos ocupamos, el sujeto que concurre con la Administración es el Ordinario. El Ordinario del lugar —cabeza de la diócesis en cuyo territorio se encuentra el centro hospitalario— ¿contrata con la consideración para el Estado de *empresa* dotada de capacidad jurídico-privada o lo hace con capacidad jurídico-pública? El primer supuesto nos conduciría al ámbito de la legislación de contratos del Estado, que regula los convenios de la Administración con particulares, mientras que la segunda perspectiva remitirá al campo de las relaciones interadministrativas, excluidas de dicha legislación.

a) *El «oportuno convenio» como contrato administrativo de servicios regulado por la Ley de Contratos del Estado (L.C.E.)*

Los convenios de la Administración con instituciones eclesiásticas (órdenes religiosas, diócesis...) por los cuales se encarga a éstas la gestión de determinados servicios, han venido calificándose tradicionalmente en la praxis como contratos administrativos de gestión de servicios públicos sujetos a la L.C.E.³⁹. El Ordinario o Superior religioso se comprometía a proporcionar el personal necesario para la atención del servicio y la Administración, a cambio, quedaba obligada a la financiación.

Sin embargo, otorgar esta calificación jurídica al convenio con el Ordinario previsto en el Acuerdo, plantearía algunos problemas:

La principal dificultad es que el contrato de gestión de servicios públicos lo regula la L.C.E. para la gestión de servicios de competencia estatal: «El Estado podrá gestionar indirectamente mediante contrato todos los servicios de su competencia»⁴⁰.

Antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público, el Reglamento impone la promulgación del régimen jurídico básico del mismo «*que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo*»⁴¹. Así, en estos contratos,

³⁸ T. R. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid 1983, págs. 47 y 48.

³⁹ Cfr., entre otras: Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 19 de septiembre de 1985 (Ar., núm. 4.505); de 18 de octubre de 1985 (Ar., núm. 5.161); de 8 de noviembre de 1985 (Ar., núm. 5.745); de 25 de octubre de 1985 (Ar., núm. 5.215).

⁴⁰ L.C.E., artículo 63.

⁴¹ Reglamento General de Contratación del Estado, artículo 197.

la Administración cede la gestión o explotación, pero retiene siempre la titularidad del servicio ⁴².

En esta misma línea ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que la figura contractual de la L.C.E. sólo surge cuando uno de los entes que concurren (la Administración) asume el interés o titularidad exclusiva del servicio, mientras que el otro desempeña el papel del empresario ejecutor mediante un precio previamente convenido ⁴³.

El interés en la asistencia religiosa católica en hospitales públicos es un interés compartido por la Iglesia y el Estado. Esta es la razón principal para sustituir la vía del contrato administrativo de servicios de la L.C.E. por otras fórmulas. Una cosa es que el Estado ponga a disposición de los pacientes un servicio de asistencia religiosa y otra que asuma como propia del mismo esa actividad. Esto no sería posible, al menos en un Estado aconfesional como el nuestro.

Otra dificultad viene de la aplicación al contrato administrativo de gestión de servicios públicos de las prerrogativas que la legislación de contratos del Estado concede a la Administración en el campo contractual. Estas prerrogativas consisten en unos poderes exorbitantes de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato y, principalmente, poder de modificación del objeto del contrato o *ius variandi* ⁴⁴.

Su justificación se encuentra en la relación inmediata del contrato con las necesidades o servicios públicos cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración: «La Administración —escribe VILLAR PALASÍ— no puede renunciar a sus poderes ni cercenar su libertad en la gestión del interés general. Su responsabilidad privativa del interés general no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando» ⁴⁵.

Sin embargo, en el convenio que estamos estudiando, la aplicación de estas prerrogativas que operan en el seno del contrato administrativo supondría una lesión de los intereses de las confesiones religiosas y un abuso por parte de la Administración. Aquí, la justificación de la supremacía administrativa se viene abajo, pues las dos partes contratantes son igualmente responsables (cada una dentro del ámbito de sus competencias) en el buen funcionamiento del servicio para la consecución del interés público; por ello, las relaciones de colaboración se desarrollarán en un plano de igualdad.

Por estas razones expuestas no parece conveniente reconducir el «oportuno convenio con el Ordinario» al ámbito de la legislación de contratos

⁴² Cfr. T. R. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso...*, pág. 672.

⁴³ Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informes núms. 3/1971, de 12 de febrero, y 10/1969, de 17 de junio, en MORENO GIL, *Contratos administrativos*, Madrid 1976, páginas 20 y 1059.

⁴⁴ Cfr. L.C.E., artículos 18 y 65. Sobre las prerrogativas de la Administración en la legislación de contratos del Estado, ver T. R. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso...*, páginas 672-678; P. GARCÍA ORTEGA, *Manual de Contratos del Estado*, Madrid 1980, págs. 17 y 18; VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid 1969, págs. 181-209.

⁴⁵ VILLAR PALASÍ, *Lecciones...*, pág. 172.

del Estado. Quizá ese fue el motivo de la sustitución, a última hora, del término «contrato de servicios» que aparecía en el proyecto por el de «oportuno convenio», que si bien tiene la desventaja de la ambigüedad, presenta la ventaja de que la flexibilidad de la figura permite construir un instrumento jurídico más coherente con las peculiaridades que el servicio religioso exige.

b) *Remisión al ámbito de las relaciones interadministrativas*

Para remitir la calificación jurídica de nuestro convenio al terreno de las relaciones interadministrativas, es preciso resolver, con carácter previo, el tema de la personalidad jurídico-pública de la Iglesia particular, con cuya cabeza la Administración celebra convenio.

El Estado moderno no puede satisfacer la totalidad de las exigencias que lleva consigo la amplitud de los fenómenos sociales que merecen su atención. De aquí surge la necesidad de otorgar especiales tratamientos jurídicos, que pertenecen al área del Derecho público, a una serie de entes que, sin estar encuadrados en la organización estatal, sirven a los intereses generales de la sociedad. Entre estos entes nuestro ordenamiento incluye a la Iglesia Católica, pues a ella, «al ser reconocida por el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, se le ha reconocido a su vez el derecho de ejercer su misión apostólica y se le ha garantizado el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias, en especial de culto, jurisdicción y magisterio. Discutir, ante tales datos, sobre su personalidad pública o privada es como estéril tarea: el reconocimiento de su pública actividad y de su libertad organizativa, es de tal naturaleza, que puede decirse que estará sometida a una consideración propia del Derecho público en todo aquello que no encuentre un límite expreso por parte de la propia legislación del Estado, y ese límite no resulte anticonstitucional o en clara contradicción con los Acuerdos del Estado con la Santa Sede»⁴⁶.

Pero la Iglesia Católica opera sirviéndose de personas jurídicas concretas, en nuestro caso las diócesis. A las diócesis se refiere el artículo 1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos para atribuirles personalidad jurídica civil «en cuanto la tengan canónica»⁴⁷. De esta referencia al ámbito canónico obtenemos la naturaleza de las Iglesias particulares consistente en ser «imagen de la Iglesia Universal, en las cuales y a través de las cuales se constituye la Iglesia Católica, una y única»⁴⁸. Así, por constituir cada Iglesia particu-

⁴⁶ C. DE DIEGO-LORA, «Naturaleza jurídica de las personas morales», en *Ius Canonicum*, 45, 1983, pág. 257.

⁴⁷ «La Iglesia puede organizarse libremente. En particular, puede crear, modificar o suprimir diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales, que gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado» (Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, art. I, 2).

⁴⁸ CONCILIO VATICANO II, *Constitución dogmática «Lumen Gentium»*, núm. 23. Esta doctrina la recoge el C.I.C., cfr. cc. 368 y 369.

lar expresión de la misma Iglesia Universal, «las prerrogativas públicas que se le reconocen a la Iglesia Católica se han de estimar poseídas y participadas por cada Iglesia particular en la medida que les corresponde»⁴⁹.

La posibilidad de una personalidad jurídico-pública para la Iglesia particular, con cuya cabeza la Administración celebra convenio⁵⁰, legitima que traslademos el estudio del «oportuno convenio con el Ordinario» al ámbito de las relaciones interadministrativas o entre entes jurídico-públicos.

Las relaciones interadministrativas hoy⁵¹, superado el principio jerárquico, se configuran desde la perspectiva del principio de colaboración-coordinación en una realización compartida de intereses públicos. La complejidad de las necesidades públicas que la Administración de nuestra época debe atender, así como el hecho de que las mismas afecten a diversas competencias subjetivas y materiales y que requieran, por tanto, la acción de diversos sujetos administrativos, determinan que la organización de la Administración en la actualidad se articule sobre dos principios fundamentales, cuales son los de coordinación y cooperación⁵². A juicio de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, para que pueda hablarse de prestación de servicios en colaboración de dos o más entes públicos, es preciso además que las entidades administrativas que aúnan sus esfuerzos tengan atribuida competencia por el derecho sobre la correspondiente materia⁵³.

En este marco de coordinación y cooperación descrito para las relaciones interadministrativas encaja perfectamente el convenio Administración-Ordinario para la prestación de servicios religiosos: el convenio es expresión de una actuación coordinada en la satisfacción de intereses comunes sobre los que concurren competencias eclesiásticas y estatales.

Dos son los modos que la doctrina suele distinguir para llevar a cabo la colaboración entre entes públicos⁵⁴:

Un modo orgánico, en el que los entes, para el mejor cumplimiento de sus fines, funden su actividad dando nacimiento a un «super-ente específico, consorcial o análogo dotado de personalidad jurídica propia u órganos propios». Existe una actividad única.

Esta colaboración orgánica no parece marco adecuado para la realización del servicio de asistencia religiosa. Es difícil pensar en un único órgano

⁴⁹ DE DIEGO-LORA, *Naturaleza...*, pág. 295.

⁵⁰ «El Obispo diocesano representa a la diócesis en todos los asuntos jurídicos de la misma» (C.I.C., c. 393).

⁵¹ Sobre el tema de las relaciones interadministrativas en la actualidad, ver E. RIVERO Y SERN, «Las relaciones interadministrativas», en *Revista de Administración Pública*, 80, 1976, págs. 39-81.

⁵² J. ORTIZ, *Las nuevas bases del Derecho de la Organización Administrativa*, Málaga 1971, pág. 18.

⁵³ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Los consorcios en el Derecho español*, Madrid 1974, página 338.

⁵⁴ Ver STOPPANI, «Forme di collaborazione non organica», en *Atti del V Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano 1961.

actuando las competencias estatales y eclesiásticas sobre el servicio. La vía a seguir será, por tanto, la de la colaboración no orgánica que se realiza a través de contratos y acuerdos entre dos o más sujetos dirigidos a armonizar sus propias actividades con vistas a una buena administración, pero sin la constitución final de un nuevo ente encargado de llevar a efecto la colaboración; de este modo la actividad, aunque armonizada, sigue siendo actividad propia de cada uno de los sujetos.

Un instrumento cada vez más utilizado dentro de la colaboración no orgánica es el convenio interadministrativo, excluido de la legislación de contratos del Estado⁵⁵. Otorgando esta calificación jurídica al convenio con el Ordinario, se salvan parte de los inconvenientes que veíamos planteaba su consideración como contrato administrativo de gestión de servicios públicos regulado por la L.C.E.:

Así, el servicio de asistencia religiosa no queda asumido por el Estado como propio del mismo, sino que se respeta la titularidad y diferenciación de competencias y actividades de cada uno de los entes que convienen.

Por otra parte, la exclusión del ordenamiento que regula los contratos entre la Administración y los particulares, implica la inoperancia de las prerrogativas contractuales. Administración titular-Ordinario del lugar actúan aquí en posición de igualdad.

III. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA DUALIDAD DE COMPETENCIAS (ESTATAL Y ECLESIASTICA) SOBRE EL SERVICIO RELIGIOSO

Tras el estudio de las formas previstas para la vinculación jurídica del capellán, nos parece oportuno referirnos a algunas consecuencias o aspectos concretos sobre la vinculación misma.

Tal vez la peculiaridad fundamental del supuesto ante el que nos encontramos sea la dualidad de competencias (estatal y eclesiástica) sobre el servicio religioso. Consecuencias concretas de ese carácter dual son, por una parte, una situación de doble dependencia para el capellán que presta la asistencia y, por otra, una doble responsabilidad en el funcionamiento del servicio. Haremos a continuación alguna referencia a estas cuestiones.

1. *Doble vinculación del capellán*

La actividad de asistencia religiosa es de naturaleza espiritual, por lo que las facultades que se requieren para desempeñarla son también de esa

⁵⁵ «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan fuera del ámbito de la presente Ley los siguientes contratos y negocios jurídicos de la Administración: (...) los convenios de cooperación que celebre la Administración con las corporaciones locales u otros entes de Derecho público» (L.C.E., art. 2).

índole. Su concesión compete exclusivamente a la autoridad eclesiástica, autoridad de la que dependen, por tanto, los capellanes en su ejercicio.

Ahora bien, para la efectividad de esa tarea espiritual en un centro público, es conveniente que el capellán se integre en el hospital y pase a formar parte del personal del centro. La integración del capellán en la *plantilla* supone que el mismo está y ejercita sus facultades no por *benevolencia* o *permissividad*, sino por derecho propio y, en consecuencia, vinculado a las autoridades hospitalarias.

Puesto que la doble vinculación del personal del servicio religioso no es sólo una situación moral, sino jurídica, cabe preguntarse cuál es la fuente jurídica de la que brota esa dependencia dual. La respuesta exige estudiar el sistema establecido en el Acuerdo para el nombramiento del capellán. Según determinación del artículo 4: «Los capellanes o personas idóneas para prestar la asistencia religiosa católica serán designados por el Ordinario del lugar, correspondiendo su nombramiento a la institución titular del centro hospitalario, previo cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios aplicables, según la relación jurídica en la que se encuentre el capellán.»

Comentando este artículo, afirma CARVAJAL que «las normas y condiciones para el nombramiento y cese de los capellanes guardan una estrecha relación con la naturaleza del vínculo. Con esta fórmula se ha querido salvar, por una parte, la autoridad del Obispo, único competente para juzgar la idoneidad del candidato y otorgarle la misión canónica y, por otra, la vinculación con el centro hospitalario y su dependencia de las autoridades del mismo, en el aspecto reglamentario y disciplinar»⁵⁶.

a) *Designación por el Ordinario*

La iniciativa está en manos del Ordinario del lugar a quien compete designar al capellán otorgándole la misión canónica. A través de la misión canónica se le encarga la tarea pastoral y se le atribuyen las competencias necesarias para el desempeño de sus funciones. De aquí que la misión canónica sea requisito *sine qua non* para el nombramiento de ese personal por parte de la institución titular del centro hospitalario.

El vínculo que surge entre el capellán y el Ordinario como consecuencia del otorgamiento de la *missio* es un vínculo canónico que, en virtud del reconocimiento del Acuerdo, alcanza cierta eficacia civil al equipararse a la designación. La designación supone una valoración por el Ordinario de la capacidad del candidato para la tarea que le asigna.

⁵⁶ J. CARVAJAL, «Asistencia religiosa en los centros hospitalarios», en *Acuerdos Iglesia-Estado español en el último decenio. Su desarrollo y perspectivas*, Barcelona 1987, pág. 89.

b) *Nombramiento por la institución titular del centro hospitalario*

Una vez designado el capellán por el Ordinario del lugar, el nombramiento compete a la institución titular del centro hospitalario. ¿Podría dicha institución negarse a nombrar al candidato designado por la autoridad eclesiástica? En principio no compete a la autoridad civil valorar la idoneidad del sacerdote, ya que las funciones para cuyo desempeño éste debe estar capacitado son funciones de naturaleza religiosa. Una valoración estatal de este estilo habría que considerarla contraria a los principios de libertad religiosa y laicidad, quicio de la regulación de la asistencia religiosa. No obstante, dado que los Acuerdos conciben el servicio religioso como un servicio integrado en el centro, y a las personas que lo atienden como miembros del centro hospitalario, los capellanes deberán cumplimentar «los requisitos legales y reglamentarios aplicables, según la relación jurídica en la que se encuentren»⁵⁷.

En el caso de contrato de trabajo, será la legislación laboral la que señale los requisitos de capacidad, consentimiento y forma que deben observarse para la validez. Celebrado contrato de trabajo válido, el capellán queda integrado en el centro en régimen laboral, que será de aplicación siempre que no contradiga las disposiciones de los Acuerdos.

En el caso de que la vía elegida para la vinculación jurídica del capellán sea el «oportuno convenio», el sujeto que concierne con la Administración no es el capellán, sino el Ordinario. Ese convenio no produce vínculo jurídico directo entre capellán y hospital, lo cual no parece conforme al espíritu del Acuerdo que defiende su integración en el centro. De ahí que se disponga el nombramiento por las autoridades hospitalarias. El nombramiento se articula como acto administrativo, inseparable del convenio, cuya finalidad es lograr que el capellán se integre en el hospital y nazca una relación de derechos-deberes jurídicamente exigibles entre el personal del servicio religioso y las autoridades del centro en el que presta su asistencia. Así, en este supuesto, la vía para la vinculación jurídica del capellán es el convenio, en cuanto de él deriva una obligación de nombrar al candidato designado; pero de modo inmediato, la vinculación jurídica se produce por el nombramiento, que es un acto administrativo, constitutivo, singular.

Como en todo acto administrativo, en el nombramiento del capellán deberán concurrir los elementos que, según la regulación legal de los artículos 40 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, integran la figura del acto administrativo⁵⁸.

⁵⁷ Acuerdo Marco, artículo 4.

⁵⁸ Para un estudio de estos elementos, cfr. T. R. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso...*, págs. 508 y sigs.

Como consecuencia del «oportuno convenio con el Ordinario», en virtud del acto de nombramiento válido, el capellán queda integrado en el centro. El régimen jurídico aplicable será el propio del convenio y sólo con carácter subsidiario, reducido a determinados aspectos formales o procedimentales, el régimen administrativo estatutario⁵⁹. Esta subsidiariedad se explica por la diferencia que existe entre los principios que sostienen la regulación del régimen jurídico del funcionario y los que fundamentan la situación del capellán en el Acuerdo⁶⁰.

c) *Cese del capellán*

Señala el Acuerdo Marco: «Los capellanes cesarán en sus funciones por retirada de la misión canónica o por decisión de la institución titular del centro hospitalario, de acuerdo con las normas de régimen interno del mismo. En todo caso, antes de proceder al cese, éste deberá ser comunicado al director del centro hospitalario o al Ordinario del lugar, según proceda. También cesarán los capellanes por propia renuncia, por rescisión del contrato laboral o como consecuencia de expediente disciplinario, en su caso» (artículo 4).

El artículo recoge, junto a las vías que conducen al cese del capellán, un deber de comunicación entre autoridades que operará «en todo caso».

⁵⁹ Conviene tener presente la íntima conexión que existe entre el nombramiento administrativo y el convenio. La única finalidad del nombramiento es la integración y constitución de una relación jurídica directa capellán-centro hospitalario.

En la doctrina italiana COLAIANNI ha puesto de relieve que la relación de servicio de los capellanes (se refiere a los capellanes de prisiones), aunque construida sobre la falsilla de la común relación de empleo público, aparece disciplinada de modo tendencialmente autónomo. Se puede hablar —dice COLAIANNI— de una relación de servicio de derecho especial, justificado por el carácter atípico de las funciones que desarrolla el capellán. Cfr. N. COLAIANNI, «La riforma dell'ordinamento del personale di assistenza religiosa dell'Amministrazione penitenziaria», en *Il Diritto Ecclesiastico*, parte I, 1983, pág. 220.

⁶⁰ Tal vez podría hablarse en este caso de una vinculación pseudofuncionarial no exenta de todos los inconvenientes que plantea la proliferación de figuras indeterminadas en el ámbito administrativo. «En el entorno del mundo europeo occidental, al que pertenecemos sin duda alguna, existe en mayor o menor extensión y con matices diferentes un colectivo de personas al servicio de la Administración que se encuentra sometida a reglas o estatutos especiales de Derecho público. Al lado de este colectivo existen otros servidores de la Administración cuya actuación no requiere de las garantías y condicionamientos del funcionario, por lo que su vínculo jurídico respecto de la Administración no tiene porqué estar sometido a un especial estatuto jurídico-administrativo. Pues bien, partiendo de este planteamiento lo que propugnamos es que el personal al servicio de la Administración en lo sucesivo esté claramente encuadrado en uno de los dos colectivos, es decir, que, o bien sean funcionarios profesionales, o bien estén sometidos al Derecho laboral sin que quepan figuras híbridas que difuminen los contornos y oscurezcan el cuadro de derechos, deberes, incompatibilidades y situaciones (...), y con ello no se planteen cara al futuro situaciones caracterizadas por la inestabilidad permanente, por la falta de garantías, por la carencia de perspectivas y, en ocasiones, cargadas de dramatismo y angustia humana» (P. PORRAS, «En torno a una posible reforma de la legislación de funcionarios del Estado», en *Documentación Administrativa*, 177, 1978, págs. 165 y 166). La adhesión a este planteamiento en pro de la claridad conduciría a una opción favorable al contrato laboral.

No nos es posible adentrarnos aquí en un estudio del alcance de ese deber de comunicación ni de las distintas causas que determinan el cese del capellán. Simplemente queremos dejar constancia de que la normativa para el cese es reflejo de los principios que informan la doble competencia civil y eclesiástica sobre el servicio religioso. Así, el artículo se inspira y compagina el principio de autonomía junto con el de colaboración:

A autoridades civiles y eclesiásticas corresponden dos ámbitos distintos de competencia en el servicio de asistencia religiosa. Dentro de ese ámbito cada una goza de plena independencia y está facultada para proceder al cese del capellán con justa causa y conforme a derecho. Una intromisión de la otra autoridad sólo estaría justificada en el supuesto de haber mediado ilegalidad o ilegitimidad en el cese.

Ahora bien, la independencia no debe interpretarse en clave de contraposición, sino de colaboración, ya que existe un interés final común a ambas autoridades. De ahí que el Acuerdo posibilite que la parte que recibe la comunicación previa, si lo cree oportuno, pueda hacer alguna observación que, desde su punto de vista, contribuya a una mayor eficacia en el funcionamiento del servicio.

2. Responsabilidad en el funcionamiento del servicio

Teniendo en cuenta la concurrencia de competencia estatal y eclesiástica sobre el servicio religioso, podemos preguntarnos: ¿Hasta dónde alcanza el ámbito de responsabilidad de las autoridades civiles, eclesiásticas y el del capellán mismo?

Una consideración ya reiterada, pero que nos ha de servir una vez más como punto de partida es que no se trata de prestar asistencia religiosa desde fuera. Es el mismo hospital, a través de un órgano suyo, el que presta el servicio. Parece evidente que si la asistencia religiosa es un servicio del hospital encuadrado en el organigrama del centro, sean las autoridades hospitalarias las que respondan jurídicamente de su funcionamiento.

Pero, como también ha quedado ya de manifiesto, los aspectos espirituales y pastorales de la asistencia religiosa escapan a la competencia estatal. Estos se han confiado a la autoridad eclesiástica, única capacitada para su prestación.

La Iglesia, sujeto titular frente al Estado del derecho a prestar asistencia religiosa, se convierte en sujeto obligado a facilitar personas preparadas para la prestación del servicio. Esta obligación jurídica la asume la Iglesia por la firma de los Acuerdos.

En cuanto a las personas capacitadas y el cauce adecuado para actuar en caso de un funcionamiento deficiente del servicio debido a culpa o negligencia directa de la dirección o gerencia del centro, puede señalarse lo siguiente:

a) En primer lugar, se reconoce el derecho a la asistencia religiosa y su garantía estatal a «todos los católicos internados en los centros hospitalarios del sector público»⁶¹. La titularidad de dicho derecho subjetivo frente a la Administración convierte al católico internado en el hospital público en sujeto legitimado para iniciar el procedimiento administrativo pertinente, en caso de que su derecho quede dañado por una actuación negligente o culpable de la Administración.

Sin embargo, puede suceder que el derecho a recibir asistencia religiosa sufra no por una actuación, sino por una omisión o inactividad administrativa. Es lo que ocurriría si en un hospital no existiera un servicio de asistencia religiosa católica organizado o éste resultara insuficiente según lo previsto en la legislación pactada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas dan por supuesto que el recurso administrativo se apoya exclusivamente sobre la base de los actos administrativos⁶². Una no actividad no ofrece fundamento suficiente para un recurso. ¿Qué puede entonces hacer el administrado interesado para defender su derecho, exigiendo de la Administración el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden?

La vía a seguir es provocar un acto administrativo mediante la reclamación o petición oportunas. La respuesta de la Administración, si lesiona su derecho, abriría al ciudadano la vía de la impugnación mediante recurso; si la Administración no se pronuncia, la figura del silencio administrativo negativo abre igualmente el acceso a la vía del recurso⁶³.

b) Podemos en segundo lugar preguntarnos qué capacidad de actuación tiene el ciudadano católico no hospitalizado para exigir de la Administración una eficaz organización del servicio.

El derecho a la asistencia religiosa se configura como tal derecho frente al Estado cuando concurren «determinadas situaciones que hacen difícil, o incluso imposible si el Estado no colaborase, el ejercicio del derecho de libertad religiosa»⁶⁴. El ciudadano no hospitalizado por no hallarse en tales situaciones, no tiene un interés personal directo. Ahora bien, sí tiene un interés similar al que legitima en Derecho Penal y, en supuestos muy excep-

⁶¹ Acuerdo Marco, artículo 1.

⁶² Ver F. GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid 1956, págs. 97 y sigs.; I. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid 1957, págs. 355 y sigs.; R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1980, págs. 284 y sigs.

⁶³ «Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esa denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición» (*Ley de Procedimiento Administrativo*, art. 94, 1).

⁶⁴ E. MOLANO, *La asistencia...*, pág. 215.

cionales, en el ámbito administrativo⁶⁵, para el ejercicio de la acción pública.

De ahí que podría también el ciudadano no hospitalizado presentar denuncia por la infracción a fin de *poner en movimiento* a la Administración, la cual, con base en aquélla, inicia un expediente para el devengo de posibles responsabilidades⁶⁶. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el ciudadano hospitalizado, aquí, «por no ser parte directamente interesada, el denunciante no puede usar del remedio del recurso administrativo ordinario contra la inactividad del órgano administrativo que no tome en consideración su denuncia, ni impugnar la paralización del expediente, ni denunciar la mora por silencio administrativo, ni deducir recurso de alzada contra la resolución expresa que pueda recaer en su día. Ni, consecuentemente, plantear la cuestión ante la jurisdicción contencioso-administrativa»⁶⁷.

c) En tercer lugar, ¿qué puede hacer el Ordinario del lugar? Por una parte, el Ordinario, en cuanto representante de la Iglesia, es —igual que el ciudadano hospitalizado— titular de un derecho frente a los poderes públicos; en este caso no a recibir, sino a prestar asistencia religiosa. Ello le capacita como sujeto con interés legítimo para la interposición del recurso administrativo, siguiendo los mismos pasos que el ciudadano hospitalizado.

Pero, además, en virtud de los Acuerdos autoridades civiles-eclesiásticas, éstas tendrían un nuevo título de impugnación por incumplimiento de los mismos. La vía concreta de impugnación dependerá de la naturaleza jurídica que atribuyamos a dichos Acuerdos, cuestión nada clara en la doctrina y que escapa a la finalidad de nuestra investigación. En todo caso, el carácter pacticio de los Acuerdos sí parece claro, por lo que podría invocarse el principio jurídico *pacta sunt servanda*.

d) Finalmente, el capellán encargado de la prestación del servicio, ¿cómo podría exigir de las autoridades administrativas el cumplimiento de sus obligaciones? Puede distinguirse un doble supuesto:

Incumplimiento por las autoridades administrativas de sus obligaciones para con el capellán, en cuanto que forma parte del personal del centro. Nos referimos a aquella conducta de la Administración que lesione los derechos del capellán (vacaciones, remuneración...) o que obstaculice el ejercicio de su tarea (dificultar el acceso del capellán al enfermo, no facilitarle las «informaciones oportunas sobre los pacientes...»). En virtud de su integración en el centro y del principio de igualdad, el capellán podrá denunciar dichos

⁶⁵ Ver, por ejemplo, Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril, en *B.O.E.* núms. 144 y 145/1976, de 16 y 17 de junio, artículo 135.

⁶⁶ J. ORTIZ DE MENDÍVIL, «Denuncias y reclamaciones de particulares: su alcance en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso», en *Documentación Administrativa*, 146, 1962, pág. 65.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 77.

incumplimientos ante la jurisdicción laboral o contencioso-administrativa, según la relación jurídica en la que se encuentre.

En segundo lugar es posible un incumplimiento por las autoridades administrativas de sus obligaciones referidas no directamente al capellán, sino a la organización del servicio. Aquí, el derecho que sufre no es el del capellán, sino el del enfermo a recibir asistencia religiosa y el de la Iglesia a prestarla. De ahí que la conducta del capellán deberá limitarse a informar al Ordinario del lugar para que éste adopte las medidas oportunas conforme a lo que hemos señalado.

Podría ocurrir, no obstante, que el funcionamiento deficiente del servicio se debiera a culpa o negligencia directa o indirecta de las autoridades religiosas. No nos referimos a la posibilidad que tiene todo fiel de exigir en vía canónica la satisfacción de sus derechos. Obviamente, cuando la lesión de su derecho a la asistencia religiosa se deba a causas meramente eclesiásticas (por ejemplo, por infracción o no observancia de las normas canónicas sobre el culto, etc.), la vía para exigir responsabilidad será únicamente la eclesiástica. Queremos aludir ahora a aquellos supuestos en los que existe una organización o funcionamiento externo deficiente del servicio y dicha deficiencia proviene directa o indirectamente de las autoridades eclesiásticas.

En principio, la responsabilidad en el funcionamiento externo del servicio es de las autoridades hospitalarias. A ellas podrán dirigirse quienes tengan un interés legítimo para exigir el cumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo que hemos visto. Ahora bien, el hospital, a su vez, ¿podrá exigir de las autoridades eclesiásticas su responsabilidad?, ¿por qué vía?

1.º Si la deficiencia se debe a culpa o negligencia del capellán (incumplimiento del horario...), por su integración en el centro y consiguiente vinculación a la gerencia o dirección del mismo, la autoridad del hospital podrá actuar —si procede— su poder disciplinario directamente. Su ejercicio no exime a las autoridades hospitalarias de su responsabilidad frente a terceros perjudicados⁶⁸.

2.º Si la deficiencia se debe a incumplimiento de las autoridades eclesiásticas de sus obligaciones asumidas en los Convenios —principalmente proporcionar el personal idóneo para la prestación del servicio—, las autoridades civiles podrán hacer valer —del mismo modo que veíamos para las autoridades eclesiásticas en el supuesto inverso— el principio *pacta sunt servanda*.

⁶⁸ Ver M. ALONSO OLEA, «Jurisprudencia sobre responsabilidad civil del empresario ante terceros por actos del trabajador», en *Revista española del Derecho del trabajo*, 17, 1984, páginas 137-149.

IV. ESTATUTO JURÍDICO DEL CAPELLÁN

1. *Regulación en los Acuerdos*

La técnica empleada por los Acuerdos para la regulación del estatuto jurídico del capellán consiste en la remisión a la legislación competente según la relación jurídica en la que se encuentre (laboral o administrativa), la cual le será aplicable en las mismas condiciones que al resto del personal hospitalario.

Pese a esa remisión, la legislación pactada hace hincapié en tres derechos del capellán (remuneración, seguridad social, colaboración-información) que consideraremos a continuación.

a) *Derecho a la retribución*

La financiación estatal de la asistencia religiosa católica en hospitales públicos no se inserta en el marco de colaboración del Estado al sostenimiento económico de la Iglesia. Los poderes públicos no garantizan con su financiación un servicio religioso de la Iglesia, sino un servicio cuya naturaleza espiritual no es obstáculo a su configuración como servicio hospitalario que permite al ciudadano enfermo el ejercicio efectivo de la libertad religiosa.

Existen dos sistemas de retribución al capellán por los servicios prestados: directamente por las autoridades hospitalarias o indirectamente, a través del Obispado. El Acuerdo Marco no contiene una opción expresa por ninguno de estos dos modos, si bien los principios que lo inspiran se adecúan al primer sistema.

El sistema de retribución directa responde al principio de plena integración del capellán y al deseo de homologarle en lo posible con el resto del personal hospitalario. De la integración surge una relación jurídica directa capellán-hospital de cuyo contenido forma parte la obligación-derecho a la retribución.

El sistema indirecto de remuneración, a través del Obispado, no sería posible en el supuesto de contrato laboral. Para la vinculación mediante convenio con el Ordinario-nombramiento administrativo, hemos visto cómo la finalidad del nombramiento es establecer una relación directa entre capellán y hospital que, en principio, parece que debería incluir la retribución. No obstante, como se trata de una relación directa administrativa sumamente peculiar y en todo caso subordinada a las disposiciones del «oportuno convenio», cabría excepcionalmente y, a nuestro modo de ver, desacertadamente que el convenio estableciera un sistema indirecto de retribución al capellán. En este supuesto, ¿podría el Ordinario utilizar la cantidad recibida de las autoridades en concepto de remuneración debida al capellán para otras

finalidades distintas o necesidades más perentorias de la diócesis? Nos sumamos a la opinión que CARVAJAL expresa en los siguientes términos: «Lo que sí hay que afirmar rotundamente es que esa cantidad está destinada al capellán, cualquiera que sea el procedimiento —directamente o a través del Obispo— de su recepción. El Estado concede esa cantidad para ese fin concreto, al considerar que constituye la justa remuneración del servicio que presta. Destinar ese dinero a otros fines, constituiría, a nuestro juicio, una violación del espíritu del Acuerdo»⁶⁹.

El sistema indirecto de recepción de la remuneración a través del Obispo tiene como única finalidad manifestar la dependencia y responsabilidad del Ordinario. La cantidad que a éste conceden las autoridades públicas no es para ayuda a la Iglesia o sostenimiento del clero diocesano, sino para cumplir la obligación de remunerar al personal que presta sus servicios en un centro público. Una actuación del Ordinario que no tenga en cuenta esta finalidad, por más razones pastorales que la justifiquen, sería contraria a Derecho.

Conviene comparar estas disposiciones con las del Decreto General de la Conferencia Episcopal Española de 1 de diciembre de 1984 sobre algunas cuestiones especiales en materia económica que, en su artículo 2, dispone: «Los sacerdotes que desempeñan sus actividades en instituciones no diocesanas con misión canónica, percibirán sus honorarios a través del Obispo, salvados siempre los derechos que cada sacerdote pudiera tener. La Conferencia Episcopal y el Obispo propio pueden permitir a los sacerdotes percibir directamente su retribución en las instituciones donde trabajan, cuando haya razones específicas de su misión pastoral.»

Esta norma establece como principio general el sistema indirecto de remuneración. A juicio de HERRÁEZ, la razón es «evitar la excesiva desigualdad en la retribución por el ejercicio de un cargo encomendado por el Obispo lo mismo que el de los restantes clérigos de la diócesis». Es cierta la existencia de esa desigualdad⁷⁰, pero, en nuestro caso, la vía indirecta de retribución no sería solución, pues ya hemos visto cómo el Ordinario no puede disponer libremente de la cantidad recibida cuyo único destino lícito, según los Acuerdos, sería la remuneración del personal que atiende el servicio de asistencia religiosa en el hospital.

Por otra parte, pensamos que las consecuencias negativas que el rechazo de la relación directa tendría para la estabilidad y seguridad en el mantenimiento del servicio religioso en centros públicos, no son menores que las

⁶⁹ J. CARVAJAL, *Asistencia...*, pág. 91.

⁷⁰ Frente a las 85.000 pesetas mensuales para los capellanes de hospitales públicos en el año 1986, se fija «como dotación básica mínima que deben percibir, a partir de 1 de enero de 1987, todos los sacerdotes que trabajen con plena dedicación en ministerios sacerdotales, la cantidad de 40.000 pesetas mensuales» (*Boletín de la Conferencia Episcopal Española*, 13, 1987, pág. 15).

derivadas de la diferencia de retribución entre sacerdotes. Por ello, nos parece conveniente buscar la solución a la desigualdad por otras vías que no supongan la extinción de una integración personal en el centro.

Junto al principio general favorable a la retribución indirecta, el precepto que estamos analizando admite la posibilidad de que los sacerdotes perciban directamente su retribución «cuando haya razones específicas de su misión pastoral». En el supuesto de capellán de hospital público, razón específica para la percepción directa es la conveniencia de configurar el servicio de asistencia religiosa como un servicio hospitalario, lo que supone integrar al personal que lo presta como personal hospitalario. Esta integración es para asegurar la eficacia de su misión pastoral en un centro público sea cual sea la ideología de la autoridad civil del momento, y no —como parece temer HERRÁEZ— para «crear diversos cuerpos eclesiásticos dentro del clero (...) o luchar por escalar puestos de escalafón más en razón de la economía que en razón del ministerio»⁷¹.

En todo caso, el artículo 2 del Decreto exige permiso de «la Conferencia Episcopal y el Obispo propio para la recepción directa de sus honorarios». El permiso de la autoridad eclesiástica a la remuneración directa del capellán de hospital público, está implícito, de modo genérico, en la firma de los Acuerdos que prevén este sistema y, para cada caso concreto, en la designación del candidato por el Ordinario.

b) *Derecho a la Seguridad Social*

Según determinación del artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social, están comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social: «Todos los españoles, cualesquiera que sean su sexo, estado civil y profesión, que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional y estén incluidos en algunos de los apartados siguientes: trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos (...).»

¿Están los capellanes de hospitales públicos incluidos en el concepto de trabajador por cuenta ajena propio de la legislación de la Seguridad Social? :

«El ordenamiento de Seguridad Social —afirma LA VILLA— no establece un concepto propio de *trabajador por cuenta ajena*, remitiéndose, tácitamente, al concepto general del ordenamiento laboral. Será, pues, trabajador por cuenta ajena, a los efectos del sistema de la Seguridad Social, la persona física que realice una actividad simultáneamente libre, retribuida, dependiente y por cuenta ajena (presupuestos sustantivos), no expresamente excluida (presupuesto adjetivo), y también la persona física que, sin re-

⁷¹ B. HERRÁEZ, «Desarrollo de los Decretos Generales de la Conferencia Episcopal Española en materia económica», en *Ius Canonicum*, 50, 1985, pág. 682.

unir algunos de los presupuestos sustantivos, haya sido objeto de inclusión expresa (presupuesto adjetivo)»⁷².

Dos son las posibilidades, según el texto de LA VILLA, de *trabajador por cuenta ajena* a efectos de su inclusión en el régimen de la Seguridad Social: 1. La de aquel que realiza una actividad libre, retribuida, por cuenta y bajo dependencia ajena, no expresamente excluida. La actividad de asistencia religiosa del capellán contratado laboralmente responde a estas características, no está expresamente excluida, luego entra en el ámbito de cotización a la Seguridad Social; 2. La de aquel que haya sido objeto de inclusión expresa. Esta inclusión consta en el Acuerdo Marco para el caso de que se haya celebrado convenio con el Ordinario: «En caso de celebrarse oportuno convenio con el Ordinario del lugar, el personal religioso será afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social del Clero» (art. 7, 3).

A estos dos supuestos corresponden dos regímenes diferentes de Seguridad Social: al capellán contratado laboralmente, régimen general⁷³; al capellán integrado en virtud de convenio con el Ordinario será de aplicación el régimen especial de la Seguridad Social del clero⁷⁴.

c) *Derecho a la colaboración necesaria para el desempeño de su misión*

Entre las dificultades para una competente prestación de asistencia religiosa en hospitales públicos están las que provienen de un ambiente de rechazo del resto del personal hospitalario hacia el servicio pastoral. Así se constató en las Jornadas de estudio celebradas a raíz de la firma del Acuerdo, en las que se hizo referencia a los frecuentes prejuicios ideológicos, falta de sensibilidad y de apoyo, rechazo, apatía, pasividad, cansancio, desánimo y despreocupación en un sector amplio del personal que trabaja en el hospital.

En contra de esta tendencia a aislar o ignorar el servicio religioso, los nuevos Acuerdos proclaman el principio de coordinación-colaboración como aquel que debe regir las relaciones entre el personal de asistencia espiritual y los demás servicios del hospital: «Las personas que presten el servicio de asistencia religiosa católica desarrollarán su actividad en coordinación con

⁷² L. E. LA VILLA y A. DESDENTADO, *Manual de Seguridad Social*, Pamplona 1979, página 254.

⁷³ Ver artículos 61 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷⁴ Dicho régimen está regulado por el Real Decreto 2.398/1977, de 27 de agosto (B.O.E. número 224/1977, de 19 de septiembre), completado por la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1977 (B.O.E. núm. 313/1977, de 31 de diciembre) y la Circular núm. 1/1978, de 11 de enero (*Boletín Oficial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social*, núm. 4/1978 de enero). Prevé la inclusión del clero diocesano de la Iglesia Católica en el ámbito de aplicación del Régimen General, en virtud de un principio formal de asimilación a los trabajadores por cuenta ajena. La vía de la asimilación supone el reconocimiento de una serie de características peculiares junto a la concurrencia de las condiciones básicas para su «efectiva integración en el ámbito de nuestra Seguridad Social».

los demás servicios del centro hospitalario. Tanto éstos como la dirección o gerencia les facilitarán los medios y la colaboración necesarios para el desempeño de su misión, y en especial las informaciones oportunas sobre los pacientes»⁷⁵.

La coordinación y colaboración entre los distintos servicios del centro constituye un principio empresarial básico, condición necesaria de eficacia. Su razón de ser radica en que las diferentes secciones del hospital no forman *compartimentos estancos* sin relación alguna entre sí, sino que las funciones específicas que a cada uno competen se orientan al mismo objetivo, común a todos: proporcionar una asistencia integral al servicio del ciudadano enfermo. A este objetivo tiende también la atención pastoral, especialmente hoy cuando la salud se concibe en un sentido humano integral. Así, «las ciencias del comportamiento humano y la medicina psicosomática valoran de hecho, cada día más, la repercusión positiva de la asistencia moral y religiosa sobre el proceso curativo o aliviador que un enfermo requiere. La asistencia sanitaria es objeto permanente de una problemática ético-religiosa-profesional que remite en muchos aspectos a una concepción filosófica y religiosa de la vida y que, por ello, exige el concurso de personas cualificadas en la misma. Por ello, la asistencia religiosa a los enfermos es prestación específica que debe formar parte de una terapéutica integral que atienda al paciente en todas las dimensiones humanas afectadas por la enfermedad»⁷⁶.

Entre los medios de colaboración que el hospital facilitará al capellán, los Acuerdos destacan «en especial las informaciones oportunas sobre los pacientes» (art. 5). ¿Qué alcance tiene el derecho del capellán a recibir esas informaciones? El texto del Convenio da cuenta del mismo al manifestar la finalidad de la información: facilitar al capellán el desempeño de su misión. El capellán tiene derecho a aquellas informaciones que posibiliten la eficacia de su tarea⁷⁷.

En relación con este derecho a la información debemos defender una vez más la importancia de que el personal de asistencia religiosa esté integrado en el hospital, pues si el capellán fuera un *extraño* su pretensión de recibir de los servicios hospitalarios información sobre los pacientes podría considerarse una *injerencia arbitraria* contraria al derecho del enfermo a la

⁷⁵ Acuerdo Marco, artículo 5.

⁷⁶ En el mismo sentido, el artículo 5 de los Derechos del Enfermo Usuario del Hospital de la Generalitat de Cataluña (Departamento de Sanidad y Seguridad Social) afirma: «La asistencia religiosa a los enfermos forma parte de la asistencia integral».

⁷⁷ El Acuerdo de julio de 1985 incorpora una concepción amplia de la tarea de asistencia religiosa. En consonancia con esta amplitud, no puede sostenerse un derecho a la información del capellán limitado a recibir las llamadas expresas de los pacientes que soliciten su asistencia. Debe afirmarse que este derecho le da acceso a todos aquellos datos —altas y bajas, gravedad del enfermo, evolución, circunstancias personales o familiares relevantes, etc.— que puedan contribuir a que el enfermo reciba una atención humana, moral y espiritual completa siempre con el debido respeto a su libertad.

intimidad. Esto no ocurrirá con el capellán integrado, pues en este caso la *injerencia* responde a una *finalidad legítima, proporcionada y debidamente fundada*: posibilitar que un miembro del personal hospitalario realice la tarea que le compete.

Junto a las referencias a estos tres derechos (remuneración, Seguridad Social y colaboración-información) del capellán se recogen en el Acuerdo Marco sus correspondientes deberes. La obligación principal del capellán consiste, obviamente, en desempeñar la tarea de asistencia religiosa. Acerca del contenido de la prestación o funciones que le competen, el Acuerdo no contiene una enumeración que, como señala CARVAJAL, «sería sin duda prolija y nunca exhaustiva»; por ello «le ha parecido más conveniente remitirse a un texto legal del Estado»⁷⁸. En efecto, el artículo 1 del Acuerdo establece que «la asistencia religiosa se prestará en todo caso con el debido respeto a la libertad religiosa y de conciencia y su contenido será conforme con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1980, de 5 de julio, sobre Libertad Religiosa»⁷⁹. El precepto legal al que remite el Acuerdo está redactado con la suficiente amplitud como para recoger dentro de él la extensa gama de expresiones y actividades que pueden ser objeto de la asistencia religiosa.

Obligación del capellán es, en virtud de la profesionalización e integración del servicio, el sometimiento a un horario y disciplina general del centro. En cuanto al horario de trabajo, el Acuerdo Marco (anexo 1) distingue entre capellanes a tiempo pleno y capellanes a tiempo parcial⁸⁰.

⁷⁸ J. CARVAJAL, *Asistencia...*, pág. 93.

⁷⁹ Señala el artículo 2 de la L.O.L.R. que «la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas. b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de la propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos; y no ser obligados a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, ya por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica. e) Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto y reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus propios ministros, a divulgar y propagar su propio credo y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero».

⁸⁰ En el Convenio del I.N.S.A.L.U.D. se especifica que «los capellanes a tiempo pleno dedicarán a su actividad pastoral ordinaria, cuarenta horas semanales, y los capellanes a tiempo parcial, veinte horas semanales. Para la atención a las urgencias religiosas y pastorales, se hará una distribución del tiempo entre todos los capellanes del centro hospitalario de una forma equitativa y proporcional a su grado de dedicación» (anexo II).

2. Regulación en la legislación laboral o administrativa

«Los capellanes tendrán los derechos y obligaciones que se deduzcan de la relación jurídica existente, en las mismas condiciones que el resto del personal de los respectivos centros hospitalarios»⁸¹. Con esta afirmación se ha querido insistir en la vinculación del servicio religioso al hospital y en el deseo de equiparar, en lo posible, a los capellanes con el resto del personal hospitalario. Supone la proclamación del principio de igualdad y no discriminación como principio básico que debe regir el estatuto de los capellanes de hospitales públicos. Se trata de un principio constitucional («los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» —art. 14—) cuyo desarrollo legislativo ha sido particularmente riguroso y enérgico en materia laboral. Para comprender el alcance del principio de igualdad, es obligado el recurso a la doctrina del Tribunal Constitucional, uno de cuyos datos más salientes es que el principio antidiscriminatorio significa que a los *supuestos de hecho iguales* deben serles aplicadas unas *consecuencias jurídicas* que sean *iguales* también⁸².

La conclusión inmediata que se sigue de esta doctrina es que al capellán integrado en el hospital en régimen laboral o administrativo, corresponderán los mismos derechos y deberes que al resto del personal del régimen de que se trate. (Supuestos de hecho iguales: consecuencias jurídicas también iguales).

«Nos dice también el Tribunal Constitucional, escribe ALONSO OLEA, que no toda desigualdad ni toda diferencia de trato son discriminatorias en sí mismas, y no lo son las que tengan “una justificación objetiva y razonable”, habida cuenta de que, en ocasiones, la norma o la decisión pretendida y aparentemente discriminatoria lo que hace es buscar, junto a la igualdad formal del artículo 14, la igualdad real del artículo 9»⁸³.

El carácter espiritual de la prestación comporta ciertas peculiaridades y obliga, en consecuencia, a realizar algunas matizaciones.

La aplicación al capellán del mismo estatuto jurídico que al resto del personal hospitalario, no tiene igual alcance en el supuesto de que la vinculación sea laboral o administrativa.

En la vinculación administrativa, la aplicación de la vinculación funcional tiene un carácter muy restrictivo. Restricción que afecta especialmente al tema de derechos y deberes. Los derechos y deberes de los funcionarios derivan principalmente del principio de jerarquía y de la dignidad debida a la función pública. La asistencia religiosa, ni es función pública estatal ni

⁸¹ Acuerdo Marco, artículo 7, 3.

⁸² Cfr. M. ALONSO OLEA, «Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 16, 1983, pág. 605.

⁸³ *Ibidem*, pág. 606.

está afectada en su organización por el principio jerárquico. Por ello, el estatuto propio del funcionario (inamovilidad, derecho al cargo, etc.) es difícilmente aplicable al capellán cuyos derechos y obligaciones vendrán casi exclusivamente regulados por el convenio y la legislación pactada específica.

Mayor es, en cambio, la vigencia de la legislación laboral: «En cuanto a estas dos formas posibles de establecer la relación jurídica —afirma MOLANO— hay que decir que la del contrato laboral es la más tipificada en cuanto a su régimen jurídico, pues parece que ese régimen debiera ser el propio del Derecho laboral, en tanto fuese compatible con lo establecido en el propio Acuerdo sobre asistencia y con las demás normas jurídicas, ya señaladas más arriba, por los que éste se rige en primer lugar. Es decir, el contrato se regiría en primer lugar por las normas propias del Derecho Eclesiástico ya aludidas y, en segundo lugar, con carácter supletorio, por las propias del Derecho laboral en lo que afecta al contrato de trabajo y demás situaciones de él derivadas»⁸⁴.

Ahora bien, contemplando el elenco de derechos que recoge el Estatuto de los Trabajadores —expresión del carácter tuitivo del ordenamiento laboral— cabe preguntarse por la vigencia de algunos de ellos (derecho a la huelga, libre sindicación, negociación colectiva, etc.) en conformidad con la condición y misión espiritual que compete al capellán⁸⁵.

Renunciamos en este momento a un estudio en profundidad de la cuestión planteada, pero nos ha parecido ilustrativo esbozar algunas de las dificultades que supondría el reconocimiento al capellán, por ejemplo, del derecho a la huelga. Su atribución —aparte del problema principal y global de la compatibilidad con la naturaleza de su misión— podría plantear en la práctica una serie de dificultades que, si bien es difícil que lleguen a ocurrir —pues se presume la buena fe de las partes— no es del todo imposible, por lo que convendrá, al menos, aludir a algunas.

La huelga puede definirse como «suspensión colectiva y concertada en la prestación de trabajo por iniciativa de los trabajadores». Se trata de «un derecho individual de ejercicio colectivo»⁸⁶. Tal carácter podría hacer que algún sector hospitalario tachase de *insolidario* al capellán que, teniendo ese derecho, se negase a ejercerlo como modo de exteriorización de un conflicto colectivo⁸⁷ que, por serlo, atañe también al capellán. Piénsese asimismo

⁸⁴ E. MOLANO, *La asistencia religiosa en los hospitales...*, pág. 1187.

⁸⁵ El problema se acentúa si consideramos el carácter irrenunciable que tienen esos derechos: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos como indisponibles por convenio colectivo» (Estatuto de los Trabajadores, art. 3, 5).

⁸⁶ M. ALONSO OLEA, *Derecho...*, pág. 581. Muestra de esa colectividad son el artículo 28 de la Constitución española y los artículos 3-6 del Real Decreto-Ley sobre Relaciones de Trabajo núm. 17/1977, de 4 de marzo, en B.O.E. núm. 58/1977 de 9 de marzo.

⁸⁷ «Aunque la huelga como modo genérico de exteriorización de conflictos puede manifestar uno de naturaleza individual, lo normal es que exteriorice un conflicto colectivo» (M. ALONSO OLEA, *Derecho...*, pág. 581).

que podría dificultarse la legítima autoridad del Ordinario si éste tuviese que llegar a impedir al capellán el ejercicio de un derecho que la legislación laboral le concede⁸⁸.

La breve referencia final a los posibles conflictos que plantearía la plena aplicación de la legislación laboral al capellán, podría inclinarnos a una vinculación mediante convenio con el Ordinario. No obstante, conviene tener presente que esta problemática (choque entre la naturaleza espiritual de la asistencia y algunas características y derechos de la legislación laboral) se sitúa a un nivel más bien teórico y difícilmente llegará a plantearse en la realidad, por lo que no nos parece razón suficiente para prescindir de la vinculación laboral con todas las ventajas que ésta supone para la seguridad jurídica del capellán.

V. CONCLUSIONES

1. En conformidad con las coordenadas sobre las que se sitúa hoy la prestación de asistencia espiritual —libertad religiosa/Estado social—, el objetivo principal del Acuerdo de julio de 1985 ha sido la creación de un servicio pastoral *profesionalizado* que sea garantía eficaz para el ciudadano enfermo del ejercicio de su libertad religiosa. Estiman los Acuerdos que el modo de lograr esa profesionalización es la integración del servicio pastoral en el centro hospitalario de forma que la asistencia no se preste desde fuera, sino que sea el mismo hospital, a través de un órgano propio, el que ponga a disposición de los enfermos el servicio pastoral. Se opta así por una organización religiosa estable, con una tarea amplia no limitada a la administración de sacramentos.

2. La integración del servicio crea una situación de doble dependencia —autoridades civiles/eclesiásticas— para el personal encargado de atenderlo. La actividad de asistencia religiosa es de naturaleza espiritual, por lo que las facultades que se requieren para desempeñarla son también de esa índole. Su concesión es competencia exclusiva de la autoridad eclesiástica, autoridad de la que dependen, por tanto, los capellanes en su ejercicio. Ahora bien, para la efectividad de esa tarea espiritual en un centro público, es conveniente que el capellán se integre en el hospital y pase a formar parte del

⁸⁸ No obstante estas dificultades, no serían insolubles, pues existen otros supuestos problemáticos dentro del campo laboral que se resuelven limitando el derecho a la huelga. Así, cuando nos hallamos ante «servicios públicos o comunitarios cuya “interrupción podrá ocasionar perjuicios públicos” o “graves dificultades al público”, o en empresas de producción de bienes o servicios “esenciales para la comunidad” —entendiendo por tales aquellos de los que “dependa la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos o un interés vital” (MARTÍN VALVERDE) que son las prohibibles o limitables según la O.I.T» (M. ALONSO OLEA, *Derecho...*, págs. 586 y 587).

personal del centro. La integración del capellán supone que el mismo está y ejercita sus facultades en el hospital por derecho propio y, en consecuencia, vinculado a las autoridades hospitalarias. Esta conciencia de estar por derecho propio y la mayor estabilidad del capellán, repercuten en una mejor atención pastoral a los enfermos.

3. La doble dependencia del capellán no es una situación *de facto*, sino *de iure* y la fuente jurídica de la que brota radica en el sistema establecido en el Acuerdo para su nombramiento: designación previa del Ordinario (requisito *sine qua non* para la validez del nombramiento), seguida de nombramiento por la autoridad hospitalaria (acto del que deriva la integración en el centro).

La normativa que regula el cese del capellán es también reflejo de esa doble dependencia jurídica.

4. En cuanto a las vías jurídicas concretas para proceder a la integración del capellán, hemos concluido que, teniendo en cuenta la, al menos, dudosa compatibilidad de la vinculación funcional del capellán con la laicidad estatal, así como la creciente tendencia hacia la laboralización de la función pública, no parece conveniente mantener una vinculación funcional para los capellanes de hospitales públicos. A la luz del Acuerdo, dicha vinculación sería posible únicamente por la vía del respeto a los derechos adquiridos, para aquellos capellanes que antes de la firma del Convenio estuvieran en régimen estatutario.

5. Las formas de vinculación que expresamente se prevén en el Acuerdo son:

— *Vinculación laboral.* Su aceptación supone una superación de resistencias históricas, doctrinales y jurisprudenciales a la aplicación de fórmulas laborales para el *trabajo* de clérigos y religiosos. No existe ninguna dificultad insalvable para considerar la asistencia religiosa como actividad prestada de modo voluntario, remunerado y por cuenta y bajo dependencia ajenas; y, por tanto, no existe ninguna dificultad (y así se ha considerado en los Acuerdos de asistencia religiosa) para que el capellán se vincule al hospital mediante contrato laboral.

— *Vinculación administrativa.* Esta tiene lugar por la vía del Convenio con el Ordinario seguida de nombramiento administrativo.

La ambigüedad del término empleado: «oportuno Convenio con el Ordinario del lugar», obedece posiblemente a una opción en pro del principio de libertad de pacto. El Acuerdo ha huido de una determinación rígida de la naturaleza y régimen jurídico aplicable al *convenio*, dejando esa determinación al juicio de las partes contratantes. Sin embargo, pese a esa flexibilidad, la calificación más oportuna del convenio nos parece que es la que

viene de su remisión al ámbito de las relaciones entre entes de Derecho público. La ventaja que se obtiene con esa remisión es que los convenios celebrados a nivel *interadministrativo* están excluidos de la legislación de contratos del Estado, cuyos principios —basados en la titularidad estatal del servicio que se contrata— difieren de aquellos que inspiran el convenio que estudiamos, el cual es fruto de una competencia compartida sobre un mismo servicio que, en consecuencia, deberá prestarse desde una perspectiva de colaboración coordinada.

La celebración del oportuno convenio origina una relación de Derecho público entre las partes que concurren (Ordinario-autoridad hospitalaria); pero del convenio no deriva una relación jurídica directa capellán-hospital, ni se sigue la plena integración del capellán en el centro que el Acuerdo prevé. De ahí que se disponga el nombramiento por las autoridades hospitalarias. El nombramiento se articula como acto administrativo, inseparable del convenio, cuya finalidad es lograr que el capellán se integre en el hospital y nazca una relación de derechos-deberes jurídicamente exigibles entre el personal del servicio religioso y las autoridades del centro en el que presta su asistencia.

6. En la elección de una u otra forma para la vinculación jurídica del capellán juegan una serie de valores, y no es tarea fácil encontrar un modo de salvaguardarlos todos por igual:

— La opción por el contrato de trabajo supone la primacía del valor de lograr la integración y una total equiparación (excepto algunas salvedades derivadas de la peculiaridad del servicio religioso) con el resto del personal hospitalario. Ventaja de la fórmula laboral es, asimismo, la fuerte protección legislativa al trabajador que repercute en una mayor estabilidad y seguridad jurídica.

Las objeciones que se han hecho a esta vía vienen principalmente de que en el contrato laboral no interviene la autoridad eclesiástica; es un contrato directo capellán-hospital. Se difumina así la manifestación de la autoridad eclesiástica, única competente en la prestación de la asistencia como tarea espiritual.

Los Acuerdos dan respuesta a esta objeción exigiendo la misión canónica del Ordinario como requisito necesario para la validez del contrato. En virtud de este requisito, reconocido en el Acuerdo, la relación Ordinario-capellán, de índole canónica, adquiere cierta eficacia civil.

— La opción por la vía del convenio tiene la ventaja de manifestar claramente la doble competencia de las autoridades civiles y eclesiásticas en el servicio. Responde principalmente a una intención de salvar la dependencia del personal que presta la asistencia religiosa del Ordinario.

El obstáculo fundamental para su aceptación radica en la ausencia de relación jurídica directa capellán-hospital. El Acuerdo resuelve esta falta de integración, exigiendo el nombramiento del capellán por la autoridad administrativa competente. No obstante, el estatuto y situación jurídicas del capellán así integrado son sumamente peculiares y faltos de claridad y, en consecuencia, el alcance de la equiparación con el resto del personal hospitalario es menor que para el capellán contratado laboralmente, siendo menor también su estabilidad y consiguiente seguridad jurídica.