LA INTERVENCIÓN SINDICAL EN LA GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Eva Garrido Pérez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

La relación sindicatos y administración en un entorno prestacional público se ha encauzado por sendas no estrictamente coincidentes con aquellas que dirigen la lógica conflictual en ámbitos privados. Las técnicas, los instrumentos, las estrategias y los objetivos de orden laboral sin duda varían de un escenario a otro. Sobre esta premisa, la cuestión que de inmediato surge y a la que se ha pretendido dar respuesta en este trabajo, refiere a las variaciones que la gestión privada de servicios públicos puede provocar en los componentes de una acción sindical negociadora y reivindicativa que, por lo general se ha conducido por parámetros tradicionalmente delimitados por el imperium de la administración y el deber de garantizar la prestación de un servicio público.

Destacar las peculiaridades de la actividad sindical en un entorno empresarial de gestión de servicios públicos solo constituye la etapa final de un recorrido que se inicia en esa primera fase en la que la Administración toma la decisión de externalizar un servicio público de su competencia, y a la que sigue todo un procedimiento administrativo de adjudicación. Aun cuando en este recorrido predomina un interés público como protagonista indiscutible, la idea guía del presente trabajo ha sido identificar y respaldar un interés sindical compatible y complementario con aquél, que legitima al sindicato para intervenir en distintas fases y con diversos instrumentos: negociando con la Administración las condiciones y efectos de la externalización públicos, participando en la conformación del expediente administrativo de adjudicación, o planteando acciones conflictivas o judiciales. Urdiendo jurídicamente la vinculación directa del sindicato con el contexto donde tales actuaciones se originan, surge el nexo justificativo del interés legítimo y directo del sindicato para intervenir en esos otros escenarios de operatividad administrativa con efectos en la prestación de un servicio público

Palabras clave: Servicios públicos, externalización, gestión privada, intervención sindical

ABSTRACT

The relationship trade unions and administration in an environment benefits public is has channeled by paths not strictly matching with those that direct the logical conflictual in fields private. The technical, the instruments, the strategies and the objectives of order labor no doubt vary of a scenario to another. On this premise, the question which immediately arises and to which we have tried to answer in this paper, refers to changes which may result in private of public services management components of a negotiating and vindicating Trade Union action which usually has been conducted by parameters traditionally delimited by the imperium of the Administration and the duty to guarantee the provision of a public service.

Highlight the peculiarities of trade union activity in a business environment of management of public services only constitutes the final stage of a journey that began in that first phase in which the Administration takes the decision to outsource a public service within its competence, and followed by all an administrative procedure for the award.

Key words: Public services, outsourcing, privately run, Trade Union intervention

 Recepción del original: 31.07.2016 Aceptación original: 05.09.2016

Índice

1. introducción
2. la externalización de servicios públicos desde la decisión administrativa y el interés sindical
3. los procedimientos de contratación y adjudicación de servicios públicos a empresas privadas: ¿viabilidad para una intervención sindical?
   3.1. Apertura del expediente y motivación de la contratación: informes externos
   3.2. Tramitación del expediente de contratación: información sobre condiciones e idoneidad de las empresas ofertantes
   3.3. Adjudicación del contrato público: intervención por sindicato interesado
4. la actividad sindical en una empresa privada prestadora de un servicio público: elementos de diferenciación
5. conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La acciones adoptadas por la Administración o las empresas públicas como respuesta exigible ante requerimientos de contención del déficit y del gasto público, han discurrido por lo general a través de dos líneas prioritarias: la de aplicar un importante recorte en la partida de los gastos ocasionados por la prestación de un servicio, aun manteniendo su gestión directa; o la de eludir precisamente la llevanza o gestión de uno o varios de sus servicios mediante la apertura a su contratación por agentes externos.

En la actuación por una u otra vía de reducción de gasto público, la Administración no ha encontrado ningún tipo de objeción legal, habiendo dispuesto el legislador todo un importante aparato normativo propicio para facilitar una más que evidente disminución de los márgenes prestacionales de los servicios públicos, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, y del que el RDL 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es uno de sus más evidentes ejemplos. Una línea de actuación que no se ha quedado solo en el ámbito estatal por cuanto también desde algunas Comunidades Autónomas se ha promulgado diversa normativa que bajo el planteamiento general de procurar la sostenibilidad de los servicios públicos encomendados, optan por medidas de distinta naturaleza pero con idéntica finalidad de reducción del déficit y del gasto público en el respectivo territorio[1].

[1] Véase el ejemplo de Cantabria con la Ley 2/2012 de 30 de mayo, sobre medidas administrativas, económicas y financieras para la ejecución del plan de sostenibilidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO Cantabria de 1 de junio de 2012; BOE 9 de junio de 2012), contemplando medidas de reordenación o redimensionamiento de la propia organización administrativa autonómica (como la supresión de su Consejo Económico y

Mientras que el escenario político-legislativo ha sido pues favorecedor hacia fórmulas de encomienda o cesión de la gestión y/o prestación de servicios públicos, por el contrario sí que ha habido un cierto cuestionamiento social y económico de tal proceder, incidiendo en una supuesta dejación del interés público y en una pérdida de los niveles mínimos de calidad en la prestación de servicios públicos cuando estos son externalizados, dejándose su gestión en manos privadas. Y entre esas voces surgen indiscutiblemente las de las organizaciones sindicales. No ha sido difícil oírlas cuando algunas de esas medidas de reorganización o reordenación administrativa o pública con afectación en el ámbito prestacional han provocado pérdida de empleo o han incidido en el reconocimiento de derechos o prerrogativas de los representantes sindicales (como ha sucedido en relación al crédito horario); pero las voces son menos perceptibles, o quizás no tan audibles, cuando se operan externalizaciones, o al menos en su fase inicial, al momento de efectuarse la cesión contractual del servicio público a una empresa o entidad privada. En este estadio de operatividad administrativa con efectos en la prestación de un servicio público, es donde los intereses en juego (de naturaleza económica por lo general) ocupan un papel privilegiado y casi excluyente, concediendo escaso margen de intervención a quienes podrían representar y defender otros intereses de distinta naturaleza pero de igual o superior relevancia. Ahora bien, traspasado el umbral de la procedimentalización y gestionándose ya el servicio público por entes privados, aparece el ámbito o escenario donde se inserta una actividad sindical ya conocida, esto es, aquella funcionalizada hacia los derechos e intereses de los trabajadores que prestan el servicio, pero con la peculiaridad de que sigue teniendo naturaleza pública aunque se ordene bajo parámetros de gestión privada. Una singularidad que puede aportar a su vez rasgos de diferenciación a la acción a desarrollar por las organizaciones sindicales en empresas privadas que prestan y gestionan servicios públicos, con vistas incluso hacia una posible y posterior reversión a su titular.

Asistiéndose pues, desde hace ya décadas, a un intenso debate sobre la idoneidad y justificación de una externalización de servicios públicos, así como sobre sus ventajas e inconvenientes para su mejor prestación en condiciones de cobertura, eficiencia y calidad[2], y aun participando críticamente el sindicato en dicho debate, sin embargo apenas se ha contemplado desde la perspectiva

Social) o de gestión de personal (como la supresión del complemento por incapacidad temporal, o la no convocatoria de nuevos concursos para cobertura de plazas vacantes).

[2] Entre otras aportaciones en este debate resulta de especial interés la efectuada por Infante Campos, A. *Repensando los servicios públicos en España*, Documento de trabajo 6/2003 de la Fundación Alternativas; y las contenidas en AA.VV. *Privatización de empresas y descentralización de servicios públicos*, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Madrid 1998; y en Juan Lozano, A. Mª Y Rodriguez Marquez, J., *La colaboración público-privada en la*

jurídica-laboral, no tanto la general respuesta de las organizaciones sindicales ante un escenario de externalización de servicios públicos, sino de forma especial su grado de presencia, de implicación y en suma la acción sindical en el proceso y desarrollo mismo de tales servicios cuando se gestionan por sujetos privados. Este conjunto de consideraciones aconsejan pues abordar la temática sobre el papel del sindicato en estos procesos de externalización de servicios públicos, sus efectos o consecuencias, y en definitiva cuales pudieran ser los márgenes y el alcance de una actividad sindical operada en un escenario de gestión privada de servicios públicos.

Ahora bien, planteada así en términos generales la cuestión a tratar, su dirección analítica y finalista no se limita tan solo a reivindicar que en estos procesos de privatización o externalización de servicios públicos se inserten mecanismos negociales, por cuanto la defensa del derecho de negociación colectiva en asociación con el de libertad sindical ya de por sí ofrecería mas que un sólido sustento argumental. Al margen o con independencia de esta función particular o específica, la idea básica es mas de orden general, planeando sobre la defensa del papel de las organizaciones sindicales en los sistemas y procesos de decisión que afectan a la prestación de un servicio público, especialmente cuando sale del edificio de la gestión pública para situarse en otro de titularidad privada.

Al respecto, resulta indiscutible el rol que cumplen los sindicatos como organizaciones sociales privadas pero con clara trascendencia pública en el ejercicio de sus funciones, sin olvidar el sello institucional que se imprime a buena parte de sus cometidos. Siguiendo esta línea, podría aducirse que la acción sindical en el ámbito público no solo habría de conducirse por su finalidad propia de defensa de los derechos de quienes prestan servicios laborales, sino también por cierta protección del bien común y del interés general de los ciudadanos en igualdad de condiciones prestacionales. Esta orientación implicaría en suma una acción sindical dirigida a la defensa del propio ámbito público, a la incentivación y mantenimiento de las estructuras orgánicas y funcionales que mejor pudieran prestar y servir los intereses y derechos de los ciudadanos. Sin embargo, no es ésta una vertiente de actuación que haya conformado una característica de la acción sindical en el entorno público, que por lo general se ha desarrollado bajo los tradicionales parámetros de intervención de estricta laboralidad, centrando la atención en las condiciones profesionales de los empleados públicos o de los trabajadores prestadores de servicios públicos bajo dirección privada

financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídicos-financieros". Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2007.

empresarial[3]. Posiblemente sea la posición de fuerza decisora y negociadora de la Administración pública, que no su debilidad, la que haya provocado y justificado la centralidad de la acción sindical en el aspecto ordenador y pacificador de las relaciones laborales en aquella. No obstante, y por otro lado, la notoria trayectoria de los últimos años en la privatización directa o indirecta de amplios sectores del ámbito público también puede explicar que la mirada sindical se dirija, y deba hacerlo aun con mayor firmeza, hacia el mantenimiento y garantía de los principios básicos de gestión y servicio público.

Conforme pues a estas iniciales consideraciones, la primera actuación analítica a plantear en las líneas que siguen será la conexión del papel institucional del sindicato con el ámbito de decisión administrativa de externalización de un servicio público, a efectos de poder derivar la intervención que en su caso pudiera reclamarse del sindicato. El siguiente paso será ya abordar los escenarios normativos tanto procedimentales como ordenadores de los servicios públicos bajo gestión privada en los que poder situar una actuación interventora de las organizaciones sindicales funcionalizada particularmente a la defensa de la prestación de tales servicios bajo parámetros de cobertura, eficiencia, eficacia y calidad.

2. LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA Y EL INTERÉS SINDICAL

Como punto de partida no puede por menos que coincidirse con la apreciación de que las actividades susceptibles de ser encuadradas como servicio público deben conducir a la satisfacción de una necesidad de "interés general", correspondiendo a la autoridad pública su delimitación[4]. Un interés general cuya satisfacción no solo puede ser garantizada y tutelada por entes públicos, sino también por aquellos que carezcan de tal naturaleza. De hecho, el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, aprobando el Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector

[3] Una priorización en la actividad sindical en el seno del ámbito público que le ha suscitado a las organizaciones sindicales mas representativas profundas críticas sobre su papel parasitario y debilitador de las administraciones públicas. Ejemplo de la especial dureza de algunas criticas se encuentra en RAMIÓ, C., "Los sindicatos y la administración pública", (disponible en http://www.administracionpublica.com/los-sindicatos-y-la-administracion-publica/), al señalar que "los sindicatos, en la mayoría de los casos, se han convertido en su relación con la Administración pública en unas organizaciones extractivas y parasitarias. Han priorizado claramente sus intereses egoístas como organizaciones por encima de la defensa institucional del interés general e incluso de la defensa de los trabajadores. Han utilizado su posición de fuerza ante las administraciones públicas para debilitarlas, e incluso en ocasiones para extorsionarlas".

[4] Lopez, V., "Concepto y gestión del servicio público", en AA.VV. *La privatización de los servicios públicos en España.* Edición ATTAC-España, mayo de 2012. Pág. 11.

Público (en adelante, TRLCSP), contempla las distintas modalidades de prestación de servicios públicos por parte de la Administración, abarcando la gestión directa, la gestión interesada, la gestión a través de sociedades de economía mixta, y la gestión privada o indirecta. A su vez, esta última puede procedimentalizarse a través del correspondiente contrato de gestión de servicios públicos en virtud del cual "una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante" (art.8.1 TRLCSP), siempre que se trate de servicios públicos de contenido económico susceptibles de explotación por privados, y con exclusión lógicamente de aquellos servicios que impliquen ejercicio de la *autoritas* inherente a los poderes públicos (art. 275.1 TRLCSP).

Aun bajo las distintas modalidades en las que cabe formalizar la contratación de la gestión de servicios públicos[5], este tipo de contrato ejemplifica de forma clara y directa la opción de la Administración de externalizar una parte correspondiente a su ámbito competencial para dar viabilidad a que un tercero ajeno acepte su gestión y prestación, asumiendo un riesgo operacional en la explotación del servicio público[6]. Y precisamente, la opción abierta a que aquél sea una empresa con un perfil de dirección y organización no necesariamente coincidente con el propio en una Administración o entidad pública, es la que propicia adoptar este particular ejemplo contractual como el esquema de partida para analizar la

[5] Estas modalidades, tal como dispone el art. 277 TRLCSP, son: "a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

[6] De hecho, la calificación de un contrato como de gestión de servicio público y no como un contrato de servicios (contemplado en el art.10 del TRLCSP), va a depender de que en aquél se exija como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista, de modo que retribución o ganancia dependerá del uso que del servicio hagan los destinatarios, mientras que en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio. Sobre la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o como servicio, véase entre otras las Resoluciones 68/2016, de 1 de abril de 2016; 83/2016, de 21 de abril de 2016; y 125/2016, de 3 de junio de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, con profusa acogida y cita de resoluciones de otros Tribunales administrativos (tanto del central como de distintas Comunidades Autónomas), de Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (particularmente el informe 12/2010, de 23 de julio), así como de Sentencias del TJUE (de 10 de septiembre de 2009, y de 10 de marzo de 2011) relativas a la diferencia entre ambas modalidades contractuales.

naturaleza y el alcance de una intervención sindical allí donde se programa o se desarrolla la gestión privada de un servicio público[7].

Indiscutiblemente corresponde al ámbito competencial de la Administración adoptar la decisión de no seguir gestionando de modo directo un servicio público que se sitúa en su esfera prestacional, para externalizarlo y permitir que un tercero asuma dicha tarea. Un proceder que, al margen de otro tipo de consideraciones, sin duda ha constituido un permanente foco de conflicto por su constatada y progresiva frecuencia y por su no siempre adecuada justificación. En este sentido suelen ser ya recurrentes las críticas sobre los riesgos inherentes de una externalización excesiva en relación a un desmantelamiento del aparato público y a una dejación de sus funciones básicas para favorecer la iniciativa privada y la competitividad. Lógicamente no corresponde aquí hacer una inmersión en esta particular trama en la que concurren argumentos a favor y en contra de decisiones administrativas de externalización de servicios públicos, pero sí resulta idóneo extraer de esa trama un hilo con el que urdir un espacio de interés sindical donde poder reivindicar en su caso un tipo de intervención por parte del sindicato que fuera mas allá de su defensa del empleo en el sector público.

A tal fin ha de partirse precisamente de ese mecanismo decisional de la Administración en el que se originan e identifican los concretos motivos que habrían de justificar en su caso la necesidad o idoneidad de transferir la gestión de un servicio público desde el ámbito público al privado, y consiguientemente los objetivos o fines que se pretenderían satisfacer con dicha medida. Un proceso donde pueden pues jugar distinto papel y relevancia motivos de eficiencia y eficacia prestacional, rentabilidad económica, mejora organizativa, perfeccionamiento productivo, etc., anudado todo ello a la mejor satisfacción de un servicio público, pero sin olvidar el peso asignado o por asignar a los niveles y costes del empleo asociado tanto a la prestación de dicho servicio bajo el paraguas público como a su externalización al ámbito privado.

Ante tal proceso decisional de la Administración, cabe pues plantearse cual habría de ser la respuesta del sindicato, si es que alguna le corresponde ofrecer, y cual sería en su caso la lógica de una actuación sindical en este escenario de decisión

[7] Por dicho motivo, por no contemplar el contexto de una empresa privada que pueda gestionar bajo distintos o singulares parámetros un servicio público adjudicado por la Administración, quedan excluidos del análisis así delineado y presentado las situaciones en las que la gestión de servicios públicos se efectúa mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin o aquellas otras en que la gestión se encomienda a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública, quedando unas y otras excluidas de una contratación de gestión de servicios públicos ordenada por el TRLCSP_ ex art.8.2.

administrativa. Cierto es que aun cuando los sindicatos reciben el calificativo de agentes sociales, no por ello se convierten en sujetos "complementarios a la acción pública y colaboradores con la administración"[8], pero sí en actores que pueden participar, a través de variadas vías, en el diseño y realización de programas y políticas institucionales. De hecho, su papel institucional les aporta un necesario factor de legitimación para actuar en el marco de la programación y gestión de ciertos servicios a través de los cuales se expresan dichas políticas[9]. Ahora bien, por mucha amplitud que pudiera querer darse a ese papel institucional, su ámbito de aplicación y exigibilidad puede encontrarse con las limitaciones lógicas derivadas de la propia naturaleza jurídica del sindicato y del alcance de su función representativa.

Al respecto, no es necesario incidir en la conocida doctrina constitucional que reconoce a los sindicatos una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo[10] . Pero es cierto que esta función de defensa y representación que el sindicato ostenta por sí mismo, aunque no es *uti singulis*, sigue estando conectada a los intereses de los trabajadores, no de otros mas generales o de otros sujetos distintos. De ahí la afirmación no cuestionada de que esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte en ámbitos de defensa de intereses generales, no autoriza a concluir sin más que puedan llevar a cabo a priori cualquier actividad en cualquier ámbito, puesto que tal capacidad "no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos

[8] Como así mantiene por el contrario Caro Blanco, F., "Las organizaciones sindicales: de la movilización social a la gestión de las políticas sociales"., pág. 3 del texto disponible en http://www.unavarra.es/digitalAssets/149/149689_10000010_p-Caro-Blanco_Gestio-n-sindical.pdf

[9] Precisamente, las Comunidades Autónomas ejemplifican el firme reconocimiento de dicho papel mediante un importante número de normas propias ordenando y dinamizando la presencia institucional de los sindicatos en órganos y entidades públicas de diverso ámbito competencial y finalístico. Una presencia que sin duda sitúa a las organizaciones sindicales en el centro de decisiones donde se adoptan medidas, planes, propuestas en las líneas generales de actuación autonómica, especialmente la de contenido socioeconómico y laboral. Entre otras, Ley 7/2015, de 2 de abril, de Participación y colaboración institucional de las organizaciones sindicales y empresariales representativas en la Comunitat Valenciana (BOE 28.4. 2015); Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Canarias (BOE 6.2.2015); Ley 7/1995, de 28 de marzo, de participación de los Agentes Sociales en las Entidades Públicas de la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM 10.4.1995); Ley 17/2008, de 29 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia (BOE 16.3.2009); Ley 3/2003, de 13 de marzo, sobre participación institucional de los agentes sociales más representativos en Extremadura (BOE 11.4.2003).

[10] Entre otras, SSTC 70/1982, de 29 de diciembre; 37/1983, de 11 de mayo; 187/1987, de 24 de noviembre; y 217/1991, de 14 de noviembre.

de la legalidad", cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer[11]. Por otro lado, también es indiscutible que, desde la orilla de la Administración pública, ésta no puede interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, ni alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical o discriminar a un sindicato de modo arbitrario o irrazonable[12] .

Pero ni la función institucional del sindicato ni los componentes de la libertad sindical autorizan o condicionan a que la Administración pública abra su campo competencial a la intervención o presencia de los sindicatos en un papel institucional, mas allá de los escenarios de actuación mencionados por las normas donde dicho papel puede y debe desempeñarse. De hecho, desde la propia interpretación constitucional se afirma que por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que es la ley (inicialmente la Ley 9/1987, de 12 de junio) la que reconoce el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito; una ley que "no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento"[13].

En efecto, desde el punto de vista de la contemplación normativa, el actual Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) precisa con toda claridad cual es el alcance de la intervención negociada de los sindicatos en determinadas decisiones y cuestiones correspondientes al ámbito competencial de la Administración, y si bien parte de la consideración general de que se excluyen de una obligatoria negociación aquellas decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización (lo que sin duda acogería las de externalización de un servicio público), se cuida no obstante de precisar que sí deben negociarse con las organizaciones sindicales competentes las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que pueden quedar afectadas por las decisiones adoptadas en ejercicio de esas potestades de organización (art.37.2.a EBEP).

[11] En este sentido, STC 215/2001, de 29 de octubre, siguiendo particularmente las sentencias del mismo Tribunal 210/1994, de 11 de julio, y 101/1996, de 11 de junio.

[12] SSTC 23/1983, de 25 de marzo; 99/1983, de 14 de diciembre; 20/1985, de 14 de febrero, 7/1990, de 18 de enero; 217/1991, de 17 de diciembre; 191/1998, de 29 de septiembre; y 147/2001, de 27 de junio.

[13] Cfr. STC 80/2000, de 27 de marzo, reiterada en STC 222/2005, 12 septiembre.

Y este derecho de negociación no es algo que quepa eludir bajo motivos de interés u orden público o enmascarar tras otro tipo de trámite administrativo. En tal sentido, "la negociación colectiva no puede asimilarse a un trámite de audiencia o consulta que tiene lugar en cualquier procedimiento administrativo, sino que ha de entenderse con un contenido mucho mas pleno en el que la Administración negociante y las propias organizaciones sindicales negociadoras puedan tener y dar respectivamente sus posiciones y consideraciones en relación al objeto de la negociación"[14]. Aun cuando el acuerdo final no es exigible, no cabe poner cortapisas y limitaciones a un proceso negociador que debe proceder bajo los principios formulados por el propio EBEP, entre ellos el de obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia (art.33.1) .

Es precisamente esta negociación la que juega un papel de especial relevancia en situaciones de externalización de servicios públicos por cuanto su posible afectación a los derechos e intereses de los empleados públicos es la que marcaría en su caso la legitimación del sindicato actuante y la exigibilidad del proceso negociador mismo, tanto en la fase inicial de adopción de la decisión de externalizar un servicio para determinar las condiciones laborales afectadas, como en cualquiera otra posterior de la que se derivara un cambio o modificación de las mismas por efecto de una variación en las propias condiciones de externalización del servicio.

De hecho, los posibles acuerdos adoptados pre o post contratación de servicios públicos pueden constituir un indudable factor de legitimidad de las decisiones y actuaciones de la Administración pública con efectos en las relaciones de trabajo del personal que presta el servicio público que se encomienda a la gestión privada. En tal sentido, la Administración responsable de un servicio puede acordar con los sindicatos legitimados para tal negociación las condiciones en las que puede o no producirse una externalización de los servicios que venían prestándose, contemplando la situación del personal afectado, esto es, si la externalización arrastraría una subrogación de empleados desde la empresa pública o empresas externas, o bien en caso contrario una situación de excedentes de empleados que requiriese la adopción de otro tipo de medidas como recolocaciones a otras áreas o servicios administrativos. Asimismo, cabría adoptar, como resultado de estas negociaciones, ciertos compromisos de no externalización durante cierto tiempo o solo excepcionados en caso de concurrencia de causas justificativas de orden organizativo, económico o productivo (con o sin consulta o pacto previo), o bien compromisos de revisar o replantear el mantenimiento de actividades

[14] STSJ Madrid de 29 de marzo de 2010 (recurso contencioso-administrativo nº 719/2008); confirmada por STS contencioso-administrativo de 10 de abril 2012, recurso casación nº 3715/2010.

externalizadas, y proyectándose incluso futuras o posteriores negociaciones para el retorno o reversión del servicio al seno del ámbito público, incluyendo en su caso la previsión de comisiones paritarias para tratar particularmente las situaciones de externalización presentes o futuras.

Los contenidos de este tipo de negociación y el propio fin al que puede destinarse, marcan así intrínsecamente la lógica de la actuación sindical en esta particular fase del proceso decisional de la Administración que conduce a la externalización de un servicio público. Ciertamente el objeto a negociar, conforme a lo previsto normativamente, son las condiciones laborales del personal afectado por una posible pérdida de actividad o un probable cambio de régimen con el que se prestaría tal actividad a consecuencia de su transferencia a un sujeto privado, de donde la línea de actuación de los sindicatos que intervinieran en esa negociación no diferiría de la natural acción en interés y defensa de los derechos de los trabajadores implicados en medidas de racionalización organizativa, eficiencia prestacional y rentabilidad económica. Ahora bien, al plantearse la afectación sobre la plantilla de la decisión de externalizar un servicio público, se abre la puerta a debatir de hecho la causa pero también el efecto de tal decisión, es decir, por un lado, la motivación misma aducida por la Administración para justificar la medida de externalizar un servicio hasta entonces de gestión directa; y por otro lado, las consecuencias anudadas a dicha decisión desde el punto de vista de la preservación del servicio, con los estándares de cobertura, calidad y eficiencia que requiriera, al variar el ente gestor. Insertándose este debate en las negociaciones sobre posibles medidas o actuaciones de externalización en la gestión de servicios públicos, cierto es que el sindicato negociador de algún modo está controlando la corrección o incluso idoneidad económica u organizativa de la externalización proyectada (al modo en que se negocia el sustento justificativo o casual de una medida de extinción colectiva de trabajadores), pero también podría proyectar un papel distinto de defensor de un interés general, valedor de los ciudadanos beneficiarios del servicio público y garante de su mejor prestación; un papel que sin duda no participa de la naturaleza y finalidad última del sindicato, pero que puede expresarse justificadamente en estos particulares ámbitos donde conectan intereses privados y públicos, pudiendo quedar unos y otros recíprocamente condicionados.

En todo caso, y por lo demás, no puede desconocerse la importancia de los acuerdos que pudieran adoptarse ante decisiones o medidas de externalización a la vista de los efectos que pudieran derivarse de su inexistencia cuando fueran obligados, o del incumplimiento de los existentes, en relación a la validez y eficacia de una externalización decidida y procedimentalizada por la Administración obviando una previa negociación al respecto. En concreto, allí

donde se ha procedido a una apertura de contratación pública incumpliendo un previo acuerdo o convenio adoptado con sindicatos sobre no externalización, la jurisdicción laboral se ha encontrado con la lógica dificultad de conocer y enjuiciar la legalidad o ilegalidad de un procedimiento administrativo por incumplimiento de lo pactado en acuerdo o convenio, acogiéndose en algún caso a la vía de la incompetencia de jurisdicción para evitar entrar en el fondo del asunto[15] . Sin embargo, por lo general, aun reconociendo precisamente la no competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de pretensiones de paralizar o anular el expediente o dejar sin efecto la contratación pública (y que como tales se residencian en el orden contencioso-administrativo), sí se ha resuelto declarando que la actuación del sujeto público de externalizar pese a lo pactado con los sindicatos es contrario a derecho[16] , o simplemente vulnera el acuerdo alcanzado[17].

Desde la vertiente de la jurisdicción competente para declarar en su caso la nulidad de actuaciones o expedientes administrativos en incumplimiento de lo pactado o sin proceder a desarrollar la oportuna negociación cuando así se impusiera, no ha habido duda alguna a la hora de resolver, en tales circunstancias, con la nulidad de la actuación administrativa en que se produjo tal incumplimiento u omisión[18] . La forma imperativa de la norma ("será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública..." ex art.37.1 EBEP), sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración, "y, consiguientemente la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma"[19]; resultando patente que se incumplió con ese cauce o proceso de

[15] Afirmándose que ambas pretensiones (nulidad del procedimiento administrativo y el incumplimiento de lo pactado en convenio) solo pueden conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa competente "quien deberá resolver prejudicialmente sobre la legitimación de AENA para promover el pliego controvertido pese a lo convenido". Cfr. SAN de 27 de septiembre de 2010 (nº procedimiento 119/2010)

[16] STSJ Madrid de 31 de julio de 2008 (recurso nº 684/2008), confirmada por STS de 21 de julio de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina nº 3389/2008).

[17] STSJ Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 29 de enero de 2009 (recurso nº 747/2008), confirmada por STS de 22 de enero de 2010 (recurso udd nº 925/2009). En el mismo sentido, y en caso similar, STS de 12 de abril de 2011 (recurso udd nº 852/2010).

[18] STS contencioso-administrativo, de 20 de noviembre de 2009 (recurso nº 5189/2006).

[19] STS contencioso-administrativo, 29 de mayo de 1997 (recurso nº 290/1994).

negociación en cuanto que "es esencial la participación de los sindicatos como parte de su acción representativa y como medio primordial de la acción sindical para el cumplimiento de los fines reconocidos a los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución"[20].

En consecuencia, ante la posición constitucional de la negociación colectiva, la postura o actuación de la Administración responsable de un servicio público que derive en una externalización del mismo, con efectos sobre las condiciones de trabajo del personal implicado en su prestación, y sin proceder a la obligada negociación con los sindicatos legitimados para ello o desconociendo los resultados de una previa negociación sobre tal cuestión, ha de considerarse como "un menoscabo de la posición institucional de los sindicatos en su derecho a participar en la negociación de las condiciones de trabajo así como en su modificación o renegociación", de modo que comprobándose la actuación de la Administración "contra la posición institucional de esos agentes sociales o resistiéndose frente a la función de regulación laboral que tienen reconocida, será irrelevante ya el resultado de su actuación (más favorable o no) desde la óptica de los contenidos afectados"[21] .

De ahí que cualquiera que fuera el estado del expediente o procedimiento administrativo para la externalización de un servicio público, su apertura o adjudicación sin haber procedido a una previa negociación con los sindicatos (cuando así hubiera sido obligado por la afectación a las condiciones del personal implicado) o incumpliendo con tal proceder un previo acuerdo negociado, derivaría en la ineficacia o anulación de la actuación administrativa, con independencia del resultado, alcance o efectos de la misma.

[20] STS contencioso-administrativo de 11 de mayo de 2004 (recurso nº1490/1997), citando al respecto la doctrina del TC sobre la garantía de la libertad negocial y su conexión con la libertad sindical expresada, entre otras, en las sentencias 53/1982, de 22 de julio; 7/1990, de 18 de enero; 75/1992, de 14 de mayo; 80/2000, de 27 de marzo; y 224/2000, de 2 de octubre.

[21] Cfr. STC 225/2001, de 26 de noviembre, recordando la doctrina constitucional sobre cómo "en la negociación colectiva de condiciones de trabajo converge no sólo la dimensión estrictamente subjetiva de la libertad sindical en relación con el sindicato afectado, entendida esa afectación como perturbación o privación injustificada de medios de acción, sino que alcanza también al sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses (SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 70/1982, de 29 de noviembre; 23/1984, de 20 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo; y 18/1994, de 20 de enero)".

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A EMPRESAS PRIVADAS: ¿VIABILIDAD PARA UNA INTERVENCIÓN SINDICAL?

3.1. Apertura del expediente y motivación de la contratación: informes externos

Entre la posible intervención del sindicato en procesos negociales donde se debata y acuerde sobre decisiones de externalización de servicios públicos y sus efectos derivados para la condiciones laborales de los empleados públicos afectados, y aquella otra implicación sindical en la gestión del servicio público que ha sido adjudicada a una empresa privada contratista, discurre un procedimiento administrativo de contratación del servicio público conforme a pautas y normas destinadas a proporcionar elementos de garantía de corrección y transparencia a todo el proceso. Y aquí donde imperan condicionamientos de mero interés administrativo público en la selección de la mejor oferta para la adjudicación del servicio, cabe preguntarse si se contempla o se posibilita algún resquicio jurídico para una intervención por aquel sindicato que ostente un interés legítimo a tal efecto.

Recuérdese que es la Administración pública (o una Mutua respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria) quien decide, por motivos o consideraciones de naturaleza institucional, encomendar a un persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia (art.8.1 TRLCSP). De hecho, la norma exige a la Administración que condicione su contratación a la necesidad de cumplir y realizar sus fines institucionales, requiriéndose su acreditación y justificación documentalmente al momento de iniciar el procedimiento administrativo[22].

La exigencia de una adecuada motivación, expresiva de una precisa planificación y previsión de las necesidades reales que justifiquen una contratación pública, reviste una especial importancia ante la frecuencia con la que la Administración acude al recurso de la externalización, y de ahí el particular interés en que tal tendencia quede suficientemente justificada incorporando en lo

[22] En concreto, y bajo el título *Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación*, el art.22 del TRLCSP señala que "Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

posible ciertos elementos de garantía. Prueba de ello es cómo en los contratos de consultoría, asistencia y servicios, que constituyen el instrumento principal de las externalizaciones, la normativa administrativa[23]obligaba incorporar al expediente administrativo un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justificara debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que contara la Administración para cubrir las necesidades que se trataba de satisfacer a través del contrato. Asimismo, algunas normas sectoriales ordenan un informe previo de un órgano para la externalización de determinados servicios, informe que debe entenderse ha de obrar en el expediente de contratación[24] .

En consecuencia, y en esta línea abierta a la posibilidad de incorporar informes por parte de unidades, servicios u órganos interesados y/o afectados sobre la necesidad y motivación de un expediente de contratación pública, sería factible que la Administración contratante añadiera al mismo un informe proveniente de las organizaciones sindicales implantadas en el concreto ámbito administrativo, incluso como fruto o resultado de la negociación que en su caso se hubiera abierto en relación a los efectos laborales de la externalización proyectada o decidida por la Administración (en virtud de lo dispuesto en el art.37.2.a) EBEP). No debe despreciarse ni el interés sindical en este tipo de intervención ni tampoco el de la propia Administración pública en fundamentar y justificar adecuadamente el recurso a la externalización, de manera particular tratándose de la gestión de servicios públicos, en tanto que sirve como parámetro de corrección de la medida, de su proporcionalidad con la causa motivadora, y de su adecuación al fin pretendido. Todo lo cual constituye la base de una actuación administrativa sometida a esos principios de publicidad, concurrencia, transparencia, legalidad, igualdad y no discriminación (art. 192.1 TRLCSP), y que debe proyectarse así en todo el expediente y la tramitación administrativa que conduzca a la contratación pública.

[23] Art.202.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

[24] Ley de Castilla-La Mancha 19/2002 de Archivos Públicos: "La contratación de la gestión, conservación y custodia de cualquier archivo público integrante del Sistema de Archivos de Castilla-La Mancha exigirá informe previo del Consejo de Archivos de Castilla-La Mancha" (Contratación de la gestión de archivos públicos –art. 9-). Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005, de 15 de junio, de Archivos: La contratación de la gestión, conservación y custodia externa de cualquier archivo público integrante del Sistema Archivístico Valenciano sólo tendrá carácter excepcional en casos de urgencia y exigirá el informe previo del pliego de prescripciones técnicas por parte del centro directivo competente en materia de archivos (Contratación de la gestión externa de los archivos públicos, art. 20).

3.2. Tramitación del expediente de contratación: información sobre condiciones e idoneidad de las empresas ofertantes

Específicamente, los arts. 132 y 133 del TRLCSP contemplan las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos, entre las que se encuentra la obligación de establecer el régimen jurídico de la contratación, incluyendo la determinación del alcance de las prestaciones a favor de los administrados, así como la regulación de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio, que deberán así quedar fijadas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Con tal ordenación normativa, no cabría dudar de la idoneidad del mismo procedimiento administrativo de contratación para garantizar una actuación conforme a los requerimientos y exigencias de una buena administración, y que como resultado del mismo se adjudique la gestión de un servicio público a la empresa o entidad que exprese mejor oferta de eficiencia, cobertura y calidad en la prestación del mismo. Sin embargo, que un procedimiento se exprese de por sí como garantía de legalidad, corrección y adecuación, no significa que no puedan extremarse las cautelas mediante la incorporación de nuevos elementos de control y supervisión. Siguiendo esta línea argumentativa, no se pretende sustentar la necesidad de que los sindicatos tengan, a tal fin, un papel obligado en la procedimentalización del concurso administrativo para la externalización de un servicio público, sino tan solo apuntar la oportunidad y conveniencia de que en particulares situaciones surgidas en el curso de esa procedimentalización puedan cumplir un papel interventor en la misma línea finalista que se predica del propio expediente administrativo.

Cierto es que no hay sustrato jurídico que permita defender una actuación sindical fundamentada en un supuesto interés general por velar y controlar la corrección de la tramitación administrativa y la adecuación de la empresa destinataria de la gestión del servicio público contratado. Prueba de lo cual es la ausencia de una general previsión normativa que contemple la presencia de sindicatos en los órganos o mesas de contratación previstas en el curso del procedimiento administrativo.

Pero que no se contemple de forma expresa por la norma no significa que no fuera factible una intervención de sindicato legitimado que se exprese por ejemplo en una consulta o informe preceptivo sobre la idoneidad de las empresas que opten a la adjudicación del concurso. En esencia, nada impide que en la contratación se incorpore una intervención con tal fin habida cuenta del principio de libertad de pactos que al respecto contempla el art.25.1 del TRLCSP: “En

los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración". En consecuencia, y una vez mas debe insistirse en que no hay impedimento legal alguno a que en su caso pudiera incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas la oportunidad o viabilidad de un preceptivo informe de los órganos de representación del personal y/o de los sindicatos implantados en la empresa que se presenta al concurso, y que tuviera bien un alcance general sobre la idoneidad de la misma para ser adjudicataria del servicio público que se oferta, o bien un enfoque mas concreto sobre las condiciones de trabajo que se aplicarían a los servicios que en su caso se adjudicaran a la empresa. En este sentido no resulta anómalo que el órgano de contratación pueda incluir en el pliego de cláusulas administrativas la necesidad de que los sujetos candidatos acrediten el cumplimiento de ciertas obligaciones fiscales, de protección del medio ambiente o en materia de empleo, como es por ejemplo contar con un determinado número de trabajadores discapacitados o medidas alternativas correspondientes[25], o las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales que serían aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato (art.119.1 TRLCSP), o que manifiesten haber tenido en cuenta todas estas obligaciones y condiciones en la elaboración de sus ofertas (art.119.2 TRLCSP).

De contemplarse esta posibilidad de insertar entre la documentación acreditativa de la empresa ofertante un tal informe de los representantes del personal en la misma, qué duda cabe que el sindicato interventor (directamente o a través del correspondiente órgano de representación) puede desarrollar un papel de garante de la adecuación de las ofertas a los requerimientos estipulados en el pliego de cláusulas, y en definitiva de la capacitación y solvencia de la empresa que pudiera resultar suministradora del servicio tras su oportuna adjudicación, o en general del cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social. Una intervención que resultaría de especial interés y relevancia en aquellos casos en los que también se incluya en el pliego de estipulaciones administrativas una cláusula de subrogación por el que la nueva empresa adjudicataria de la gestión del servicio público hubiera de subrogarse como empleadora en determinadas

[25] Ya la propia Disposición Adicional 4ª del TRLCSP prevé que los órganos de contratación ponderen el cumplimiento por parte de los licitadores, cuando ello sea obligado, de la contratación del 2% de trabajadores con discapacidad o la adopción de medidas alternativas; o incluso que incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, siempre que dichas proposiciones igualen en su términos a las mas ventajosas considerando los criterios que actúan como base para la adjudicación.

relaciones laborales[26]. Al respecto debe tenerse en cuenta que la exigibilidad de una subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato público, en su caso no derivaría del contrato mismo sino de las normas laborales, particularmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate y donde se ejecute dicho contrato público. Mas aun, al nacer la obligación de subrogación de la norma laboral y no del contrato, resulta irrelevante que aparezca una indicación en tal sentido en el pliego de cláusulas administrativas, y si aparece ostenta tan solo efectos informativos[27]. Consiguientemente, la subrogación no es mas que el trasfondo de una obligación que la ley impone a la Administración en relación con los candidatos o licitadores con el fin de que estos conozcan los costes derivados de los contratos públicos en el momento de elaborar su oferta, pues no otro es el sentido de la exigencia impuesta al órgano de contratación (art.120 TRLCSP) de facilitar a los posibles candidatos, en el propio pliego o documentación complementaria, de toda la información que fuera necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el fin de que aquellos puedan evaluar los costes laborales de tal cláusula a la hora de presentar sus ofertas. A tal fin, el mismo precepto prevé que el propio órgano de contratación requiera dicha información a la empresa que venía desarrollando el servicio objeto del contrato a adjudicar, y dada la generalidad con la que se contempla el alcance de tal información (las condiciones de los contratos de los trabajadores que serían subrogados) nada impediría que pudiera incorporarse un informe sobre tales extremos proveniente de las instancias representativas del personal de la empresa en cuestión, de ser práctica o materia objeto de acuerdo o negociación en aquélla.

[26] Sobre esta temática en general, vid. Fernández Fernández, R., *La sucesión de empres en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2008, págs. 67 ss.

[27] Este es el criterio acogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero, relativo a la "Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes", citado y seguido por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía en su Informe 5/2014, de 24 de noviembre, sobre "diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación publica", añadiendo que en caso de no existir convenio de referencia que exigiera la subrogación, "el pliego no podría, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, puesto que afecta a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación entre la Administración y el contratista". En apoyo de esta última afirmación, cita la Resolución 141/2013, de 5 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirmando precisamente que "por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito propio del pliego de cláusulas administrativas particulares al rebasar el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato…y no a terceros ajenos al vínculo contractual".

3.3. Adjudicación del contrato público: intervención por sindicato interesado

Con independencia de esta posible actuación sindical insertada en el procedimiento mismo previo a la adjudicación del contrato, aun cabría identificar otro escenario donde sustentar la oportunidad de una nueva intervención: en concreto, al momento de plantear una queja, reclamación o recurso contra la adjudicación efectuada como resultado final del proceso, y que podría actuarse por aquel sindicato que ostentara un interés legítimo y directo en la adjudicación o en las consecuencias derivadas del misma.

Siguiendo en este punto el propio proceso de selección del contratista y de adjudicación de los contratos, tal y como se ordena en el TRLCSP, la tramitación y los criterios a seguir dependen en lo esencial del procedimiento de adjudicación elegido, si abierto o restringido, negociado o de diálogo competitivo (arts. 138 ss. TRLSCP). Pero de forma particular, el procedimiento negociado (conforme al cual la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos _ex art.169.1 TRLCSP) se contempla para determinados supuestos previstos expresamente por la norma[28] y en concreto para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos en dos casos particulares: cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta, y cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato de gestión de servicio[29] sea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años (art.172 TRLCSP). Unas estipulaciones que muestran la especial complejidad de ciertos contratos de gestión de servicios públicos y la necesidad de articular particulares procedimientos de adjudicación, recayendo en los órganos de contratación la obligación y responsabilidad de proporcionar una previa información adecuada y completa sobre las condiciones de contratación[30], de efectuar una valoración de

[28] Tales situaciones son las siguientes: cuando las proposiciones presentadas sean irregulares o inaceptables o por empresarios carentes de aptitud; cuando tras un procedimiento abierto o restringido no se haya presentado oferta o candidatura o no sean adecuadas; cuando por determinados motivos solo pueda encomendarse a un empresario determinado; cuando por urgencia se exija una pronta ejecución del contrato; o cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado (art. 170 TRLCSP).

[29] Entendidos como aquellos gastos e inversiones que el futuro adjudicatario deberá asumir para la puesta en marcha del servicio.

[30] Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas deben anunciarse en el BOE o en los boletines oficiales autonómicos o provinciales, así como también en el Diario Oficial de la Unión Europea si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada (art.142.1 TRLCSP). Los anuncios de licitación habrían de publicarse igualmente en el perfil del contratante del órgano de contratación (art.142.2 TRLCSP).

las ofertas conforme a los criterios expresados normativamente[31], y de proceder a la adjudicación motivada del contrato a la oferta o propuesta que mejor se adecue a tales criterios y a los propios fines institucionales que justificaron en última instancia la decisión de externalizar la gestión de un servicio público[32].

Considerando la relevancia de estas decisiones y la importancia de sus efectos, es lógica la preocupación de la norma por someterlas al máximo al principio de publicidad y transparencia, no solo obligando a trasladar copia de los contratos adjudicados y celebrados a determinados órganos de fiscalización[33], sino también insertando ya previamente cada paso del expediente en plataformas

[31] El art.150 TRLCSP especifica que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente mas ventajosa "deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato", mencionando, entre otros, la calidad, el precio, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, etc. Y aun cuando la norma posibilita la utilización de un solo criterio de adjudicación (en cuyo caso ha de ser necesariamente el del precio mas bajo), obliga a valorar mas de un criterio en la adjudicación de determinados contratos, entre los que se encuentran los contratos de gestión de servicios públicos (apartado 3). En todo caso, los criterios que se tendrán en cuenta en la adjudicación han de ser determinados por el órgano de contratación y expresados en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (apartado 2 del mismo precepto). Asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2003/18/CE, cuyo art.58 menciona una serie de criterios de selección que pueden ser aplicados por la entidades adjudicadoras: idoneidad, solvencia económica y financiera; capacidad técnica y profesional; y sistemas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental. obliga a valorar mas de un criterios en la adjudiciacion de determinados cecedsarfiamengte dberlas prestaciones a contratar, etc

[32] Exige la norma que la adjudicación sea motivada, notificándose a los candidatos o licitadores, y publicándose en el perfil del contratante correspondiente del órgano de contratación (art.151.4 TRLCSP), aunque permite que dicho órgano no comunique determinados datos relativos a la adjudicación si considera, con la debida justificación en el expediente, que su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado…" (art.153 TRLCSP).

[33] En este sentido, el TRLCSP requiere que, a los fines de efectuar una labor fiscalizadora, dentro de los tres meses siguientes a la formalización de un contrato del sector público, debe remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiera formalizado, acompañado de un extracto del expediente del que derive, siempre y cuando la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros tratándose, entre otros, de un contrato de gestión de servicios públicos (art.29.1). Asimismo, y en igual plazo, "se remitirá por el órgano de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la información sobre los contratos que reglamentariamente se determine, a efectos de cumplimiento de la normativa internacional" (art.30).

de acceso público con el fin de que cualquier interesado pueda acceder a toda la información obrante en el procedimiento (excepto aquella calificada especial y justificadamente como reservada)[34]. En este escenario puede surgir una actuación interventora del sindicato poniendo de manifiesto circunstancias que cuanto menos cuestionen la adjudicación del contrato y la ejecución del mismo por la empresa contratista o adjudicataria.

Así por un lado, y habida cuenta de la información y documentación sobre el procedimiento de contratación a la que se puede acceder públicamente, habría que admitir la posibilidad de que los sindicatos con presencia en la empresa adjudicataria (directamente o a través de los órganos de representación) estimaran conveniente o necesario hacer llegar al órgano de contratación correspondiente alguna circunstancia, de la que aquellos tuvieran conocimiento directo, relativa a dicha empresa (no conocida o manifestada en el curso del procedimiento), y que pudiera derivar bien en una imposibilidad de adjudicarle el contrato por incurrir en una prohibición de contratación, como no hallarse al corriente de obligaciones de Seguridad Social o el no cumplimiento del 2% de reserva para personas con discapacidad[35] ; o bien en una causa de resolución del contrato, de las previstas normativamente (art. 223 TRLCSP), como puede ser una situación económica-financiera que condujera a una declaración de concurso o insolvencia, o una insuficiencia de personal o medios materiales que sustentara la imposibilidad de ejecutar la prestación o continuar ejecutándola.

Pero por otro lado, cabría otro tipo de intervención sindical en este concreto contexto a través específicamente del planteamiento de un recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición del recurso ordinario contencioso-

[34] Es el caso por ejemplo de la plataforma de contratación del sector público (disponible en https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma) donde se encuentra toda la información respecto de cada licitación / expediente, con pliego de cláusulas administrativas y demás documentación: el anuncio de convocatoria de licitación pública para la adjudicación de una obra o servicio, donde se expresa la entidad adjudicadora, el objeto del contrato, término de ejecución, así como la tramitación, procedimiento y forma de adjudicación (donde se incluyen los criterios evaluables así como forma de designación y convocatorias de las mesas de contratación); presupuesto base de licitación, garantía y demás cuestiones de documentación e información, así como medio, lugar y prestación de ofertas; requerimientos de los licitadores (solvencia, experiencia profesional, técnica, económica y financiera); condiciones especiales de ejecución (como creación de empleo y comprobación del cumplimiento de obligaciones de Seguridad Social). Asimismo, por disposición del propio TRLCSP (art.333) existe un registro de contratos del sector público (accesible desde la web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), donde consta toda la información relativa a los contratos adjudicados por todos los órganos de contratación, tanto centrales como periféricos, organismos autónomos y restantes entidades de derecho público.

[35] Circunstancias mencionadas, entre otras, en el art.60 TRLCSP dedicado a las prohibiciones de contratar.

administrativo, que el TRLCSP (artículos 40 y siguientes) posibilita y ordena para determinados tipos de contratos que pretendan concertar las administraciones públicas y entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, entre ellos los contratos de gestión de servicios públicos de determinado presupuesto y plazo de duración[36]. Como precisa la norma, podrán ser objeto de este recurso especial no solo los acuerdos finales de adjudicación, sino también los previos anuncios de licitación y pliegos de cláusulas administrativas, así como aquellos actos de tramitación que decidan sobre la adjudicación, impidan continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (art.40.2 TRLCSP). De ahí que se contemple con amplitud la legitimación para interponer dicho recurso especial, abarcando a "toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso" (art.42 TRLCSP)[37].

Consiguientemente la norma posibilita que los sindicatos, al menos en abstracto, puedan interponer este recurso especial en atención a los derechos e intereses que representan y que pueden haber quedados afectados, perjudicados o lesionados por el proceso de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público. De ello, dan buena prueba ciertas resoluciones de los tribunales administrativos que son competentes para resolver este recurso especial en materia de contratación[38], decidiendo sobre aquellos recursos planteados por sindicatos, pero una vez dilucidada y resuelta la cuestión de su concreta legitimación en virtud de la titularidad o no de un derecho o interés legítimo. Con carácter general, y recurriendo en este sentido a conocida jurisprudencia sobre el contenido y alcance que debe otorgarse a dicho concepto de interés legitimo, las resoluciones administrativas exigen la acreditación de una relación unívoca entre el sujeto y

[36] Concretamente, los contratos de gestión de servicios públicos "en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años" (art.40.1.c).

[37] Una previsión que se complementa con el art.31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que al listar a los que se consideran interesados en el procedimiento administrativo, precisa que "las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca". Mismo redactado que se mantiene en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y que una vez entre en vigor (2 de octubre de 2016) sustituirá a la Ley 30/1992.

[38] Tal como se dispone en el art.41 del TRLCSP, en el ámbito de la Administración General del Estado, el órgano competente para la resolución del recurso es un órgano especializado y con plena independencia funcional, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En el ámbito de las Comunidades Autónomas deben también crearse y funcionar un órgano independiente con igual función, como el que ya existe en concreto en el seno de la Junta de Andalucía, en virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

el acto impugnado (pretensión) que comporte que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierta y concreta, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento[39].

Mas específicamente, el criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de resolución de estos recursos contractuales para los supuestos en que se plantean por terceros no licitadores, es que el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación del pliego, acto de tramitación o acuerdo de adjudicación que sea objeto del recurso[40]. Un criterio que ha conducido por ejemplo a negar en ocasiones la legitimación de usuarios por carecer de un interés legítimo en la concreta adjudicación[41], o a concedérsela a colegios profesionales[42] y a asociacio-

[39] Así por ejemplo, Resolución 89/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS sala de lo contencioso-administrativo de 20 de mayo de 2008, recurso nº 63/2007, y de 19 de mayo de 2000, recurso nº 4605/1994), y del TC (entre otras SSTC 60/1982 de 11 de octubre, 62/1983 de 11 de julio, 257/1988 de 22 de diciembre, 97/1991 de 9 de mayo, y 195/1992 de16 de noviembre).

[40] En este sentido, Resoluciones 212/2013, de 5 de junio, y 398/2015, de 17 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, seguida por la reciente Resolución 83/2016, de 21 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

[41] "… interés, que en el caso de los usuarios de un servicio público, este Tribunal considera que debe residir en los distintos aspectos de la prestación de tal servicio, (calidad, suficiencia, gratuidad o copago, etc.). En este caso resulta cuestionable que a los recurrentes pueda perjudicarles que la prestación del servicio del que ahora son usuarios, se adjudique a una empresa distinta de la que hasta ahora lo venía prestando, al no esgrimir motivos concretos en relación con la calidad técnica del servicio ofertado por aquélla, para fundamentar la cuestión de nulidad planteada". Cfr. Acuerdo 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 1 de junio de 2011, citado por Resolución 79/2016, de 8 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, resolviendo un supuesto similar.

[42] Cuando queda evidente la incidencia que el acto impugnado puede tener en la esfera de los intereses profesionales defendidos por el colegio recurrente, como así se concluyó en Resolución 301/2015, de18 de agosto, del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, con cita de la STS de 24 de enero de 2012 (recuso contencioso-administrativo nº 16/2009) negando la legitimación de los colegidos profesionales "para recurrir contra cualquier acto administrativo o disposición general que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre el acto o disposición impugnado y la actuación o el estatuto de la profesión".

nes representativas de intereses profesionales[43]. Asimismo, la legitimación de los sindicatos para interponer este recurso especial ha sido analizada bajo los mismos parámetros, considerándose que la legitimación abstracta y general de los sindicatos ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entable ante los tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada[44] , y para lo que no es suficiente la mera invocación de la defensa genérica de los intereses colectivos de los trabajadores, sino que se ha de identificar un interés concreto real y efectivo[45], de donde su ausencia o falta de acreditación conduce consiguientemente y sin mas a negar la legitimación activa del sindicato recurrente en algunos de los recursos planteados en los que así se constataba[46].

4. LA ACTIVIDAD SINDICAL EN UNA EMPRESA PRIVADA PRESTADORA DE UN SERVICIO PÚBLICO: ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN

Cuando la gestión de un servicio público traspasa el ámbito de la dirección pública para pasar a la de perfil privado, varía sustancialmente el entorno donde ejercer una acción sindical y con ello tanto su alcance y funcionalidad como los instrumentos a través de los cuales aquella puede expresarse. De hecho, difícilmente puede afirmarse con carácter general que la acción sindical en una actividad de prestación de servicio público bajo gestión privada refleje

[43] "Siempre que los intereses representados se relacionen con el objeto del contrato que se impugna, y el recurso se formule en defensa de los intereses colectivos de sus asociados y no de los particulares de uno de sus componentes". Cfr. STS de 28 de abril de 2015 (recurso nº 73/2014), citada y seguida por la Resolución 351/2016, de 6 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

[44] Resolución 64/2013, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, citando al respecto las SSTC 210/1994 de 11 de julio, 358/2006 de 18 de diciembre, 153/2007 de 18 de junio, y 33/2009 de 9 de febrero.

[45] Cfr. STS de 17 de mayo de 2005 (recurso nº 511/2002).

[46] Así por ejemplo en las Resoluciones 89/2011 de 23 de marzo, 44/2012 de 25 de abril, y 68/2016, de 1 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Ésta última, por un lado, consideró que uno de los motivos del recurso (la ausencia en el pliego de la información exigida por el art. 20 TRLCSP, esto es, datos relativos a la subrogación del personal que prestara en ese momento el servicio) "excede del ámbito propio de la organización sindical, concluyendo que ésta no tiene interés legítimo para combatir los pliegos si impugna deficiencias del mismo que afectan a los licitadores puesto que, en este caso, carecería de legitimación al no representar los intereses de éstos". Pero por otro lado, y en relación a otro de los motivos del recurso, que afectaba al personal que había de ejecutar la prestación, la misma resolución sí admitió como acreditado el interés legítimo del sindicato por la relación entre el motivo y el interés que defiende la organización sindical (el colectivo de defensa de los derechos de los trabajadores afectados por la contratación proyectada).

igual acción sindical que en una empresa o ente público solo que cambiando el escenario.

El ejemplo mas evidente se encuentra en la negociación colectiva. Frente a su limitación formal y material en el ámbito de la administración pública (solo admitiéndose la negociación de condiciones laborales de los empleados públicos sin cubrir ningún otra cuestión de interés general de empleados y/o representantes), se abre todo el campo de posibilidades que el propio derecho a la negociación colectiva puede encontrar en una empresa o ente privado. Y no solo es este derecho el que adquiere todo su valor como instrumento de intervención en la dirección y prestación de un servicio público desde un ámbito empresarial privado, por cuanto que determinadas decisiones que desde éste se adopten para la gestión del mismo y que inciden en el núcleo interventor de los representantes del personal, han de someterse a las conocidas y ordinarias directrices de actividad representativa (y sindical por ende) a través de las potestades de información, consulta, control y vigilancia reconocidas en intenso y extenso por la normativa laboral.

No debe olvidarse que al traspasarse la gestión y prestación de un servicio público del ámbito de lo público a lo privado, cobra presencia una dirección "empresarial" aun con todas las particularidades que se quiera por gestionar un servicio público, entre ellas la de admitir su seguimiento y control por la Administración o ente público responsable[47], y donde también tendrá el espacio que le compete la representación del personal al que se le encomienda la prestación de ese servicio.

En consecuencia, cabría preguntarse qué particularidades presenta un servicio público gestionado por sujetos privados a los efectos de la actividad sindical. O alterando los términos del debate, si la actividad sindical que se desarrolla bajo una empresa privada difiere o debe diferir cuando la misma gestiona un servicio público, y si éste en definitiva marca las condiciones o límites de la actuación sindical que pudiera desarrollarse en tal contexto.

Por lo pronto, los instrumentos son los conocidos y de general operatividad en la gestión de las relaciones laborales en una empresa, pero también lo son los sujetos intervinientes en este escenario. Trasladándose la prestación de un servicio

[47] El art.279.1 TRLCSP, en sede de ejecución del contrato de gestión de servicios públicos, y una vez señaladas las obligaciones del contratista a tal fin, precisa que "en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate".

público a un ámbito privado, el personal dotado para su encomienda o desempeño marcará la naturaleza de los sujetos representativos y las competencias asignadas para participar en la gestión ordinaria del servicio público que conforma, en todo o en parte, la actividad de la empresa o ente privado gestor.

De hecho, al cambiar el escenario en el que se presta el servicio público habría de admitirse la posibilidad de una variación en el alcance de la actividad sindical y en los instrumentos puestos a su disposición. En concreto, la acción representativa se operaría por mediación de los sujetos y órganos contemplados en la ordenación del ET (no por el EBEP), conjuntamente con los indicados en la LOLS, y sin las limitaciones competenciales que sufren los órganos de representación de los empleados públicos. De este modo, la actividad sindical en una empresa gestora de un servicio público no encontraría las restricciones materiales que se asocian a los derechos de información y consulta que se ejercitan por las Juntas de Personal y los Delegados de Personal de conformidad con el art.40 EBEP, pudiendo contar, por el contrario, con todo el alcance material que proporciona con carácter general el artículo 64 del ET a tales derechos de información y consulta en relación a todas "aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa", en tal caso en su proyección de actividad prestadora de servicio público.

Asimismo, cabría incorporar otros elementos de novedad y singularidad en la orientación finalista de la intervención sindical operada en una empresa privada gestora y prestadora de un servicio público, y que apareciera como diferencial respecto de aquella otra desarrollada en contextos empresariales en los que no concurre tal circunstancia.

Un primer elemento conectaría con la negociación de las condiciones laborales del personal de dicha empresa cuando en la asunción del servicio público a gestionar se incluyó la subrogación de los empleados que venían desarrollando con anterioridad tal servicio bajo otra empresa privada gestora del mismo por efecto de una contratación pública previa. En tal contexto, la actividad sindical se encuentra con el frente de la necesaria protección y preservación de las condiciones laborales derivadas por efecto de la subrogación, concretamente el respeto por los derechos y obligaciones que el personal de la empresa saliente, y adscritos a la nueva titular de la contrata, venían disfrutando en aquella. Al respecto debe tenerse en cuenta que los efectos del incumplimiento total o parcial por la nueva empresa adjudicataria o contratista de su obligación de subrogación (ya sea no acogiendo al personal anterior adscrito al servicio, ya sea haciéndolo pero sin respetar las mismas condiciones), solo se proyectarán en el estricto ámbito laboral, sin afectar a la validez y ejecución del contrato público. En tal sentido,

recuérdese cómo desde los órganos administrativos competentes se mantiene el criterio de que la incorporación en su caso de una obligación de subrogación en los pliegos de cláusulas solo tiene efectos informativos, hasta el punto de que su falta de previsión no afecta a su exigibilidad si ésta derivara de una norma general aplicable en el sector, de donde "la obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato público, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales"[48].

Un frente similar, aun de diverso signo, puede originarse en el supuesto de que la empresa contratista o adjudicataria inicialmente del servicio público decida -y sea autorizada por el órgano de contratación correspondiente- ceder el contrato público a un tercero una vez cumplidas determinadas condiciones expresadas en la norma[49], en cuyo caso "el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente" (art.226.3 TRLCSP). Igualmente la norma posibilita (o en algún caso impone[50]) que la empresa contratista recurra a la subcontratación, concertando con terceros la realización parcial de la prestación adjudicada[51], en cuyo caso la propia norma confirma la obligación del contratista de informar de la subcontratación a los representantes de los trabajadores, "de acuerdo con la legislación laboral" (art.227.6 TRLCSP). Tanto en el caso de la cesión a terceros como en el de subcontratación, son los respectivos acuerdos de condiciones los que hubieran de contemplar en su caso

[48] Cfr. Informe 58/08, de 26 de febrero de 2010, "Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes", de la Junta Consultiva de Contratación del Estado. Seguido en el mismo sentido por el Informe 5/2014, de 24 de noviembre de 2014, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía "sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública".

[49] En concreto, haber ejecutado ya parte del contrato o explotado la gestión del servicio público (al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato) y que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible, y no esté incurso en prohibiciones de contratar (art.226 TRLCSP).

[50] En efecto, el órgano de contratación puede imponer al contratista adjudicatario que recurra a la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, siempre que así previamente lo hubiera advertido en el anuncio o en el pliego, en relación a "determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptible de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilidad profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla (art.227.8 TRLCSP).

[51] "Salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario" (Art.227 TRLCSP). En todo caso, advierte el art. 289 TRLCSP que "en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias".

los posibles efectos subrogatorios de ambas situaciones sobre las prestaciones laborales que venían cumpliendo el contrato de gestión de servicio público que se traspasa en todo o en parte a un tercero. De ser así, se abre lógicamente el espacio en el que deben intervenir, siquiera con la debida información, los representantes del personal afectado, tanto de ese tercero contratista como de la empresa cedente o contratante, a los fines de la salvaguardia y protección de los derechos de los empleados implicados, pero en asociación con la necesaria garantía de una prestación eficiente y de calidad del servicio público que es objeto de estas vicisitudes contractuales administrativas.

Precisamente, un segundo elemento a considerar en la actividad sindical que se proyectara en un contexto de gestión privada de servicios públicos, derivaría de la posible pauta o motivación inspiradora en la planificación de los recursos humanos, provisión de puestos de trabajo y posibles reestructuraciones de la plantilla en un tal contexto empresarial. Partiendo de que conforme al ET (y escapando del EBEP que dejaba escaso resquicio a la intervención, negociada o no, de las organizaciones sindicales en materia de ordenación de la actividad profesional _ex Título V) los sistemas representativos del personal en una empresa gestora de servicio público cuentan con los mecanismos de información, consulta o negociación sobre tales extremos, debe considerarse la necesidad, mas que la idoneidad, de incorporar en el debate sindical sobre decisiones empresariales en materia de reestructuración de recursos humanos, sistema de prpvisión de puestos de trabajo, ordenación de los mismos, etc., de parámetros que no sean únicamente los habituales de orden económico u organizativo, sino también de aquellos otros que consideren los requerimientos del servicio público que constituye el objeto de la actividad empresarial. Esto es, a la hora de abordar el diseño de la ordenación del trabajo y la planificación del personal en la empresa, las ideas motivadoras y causales no deberían circunscribirse únicamente a las de origen o interés puramente empresarial puesto que sobre ellas planea con especial relevancia otro interés público a cuya satisfacción y cumplimiento se comprometió expresa o implícitamente la empresa al serle adjudicado la gestión del servicio público en cuestión. Significa ello que aun cuando dicho servicio se someta a un sistema gestional y organizativo de perfiles puramente empresariales, han de seguir predominando los mismos criterios de cobertura, eficiencia, eficacia y calidad del servicio que venían imperando con carácter general (a priori) bajo gestión pública. Unos criterios que deben inspirar particularmente las vías de encuentro empresa-instancias representativas de los trabajadores ante posibles medidas de flexibilidad interna y reestructuración de personal que pudieran repercutir en una prestación del servicio en inferiores condiciones y medios que los que requieren el interés público al que aquél está destinado a satisfacer, por cuanto que en última instancia es la debida prestación del servicio público la que debe condicionar la disponibilidad y necesidad de personal.

Y finalmente, otro de los posibles elementos que podrían inspirar una particular acción sindical en el seno de una empresa que gestiona y presta un servicio público, se relaciona con una previsión o planificación de posterior reversión del servicio a la gestión pública bien por finalizar el plazo contractual (art.283.1 TRLCSP) o bien por acordar la administración el rescate del servicio para gestionarlo directamente por razones de interés público (art. 287.2 TRLCSP)[52]. De hecho, la posibilidad de que la Administración recupere la gestión de un servicio público hasta entonces de gestión privada, es un debate que está cobrando en la actualidad una especial relevancia, con claros defensores de una reversión que en ciertos casos parece presentarse como mas eficiente desde los paramentos de coste y calidad[53] .

Sin entrar de lleno en dicho debate, interesa aquí destacar cómo al igual que la Administración que gestionaba inicialmente el servicio público debía someter a negociación una decisión de externalización del mismo cuando repercutiera en las condiciones de trabajo de los empleados, el proceso inverso en el que la prestación de dicho servicio pasara nuevamente al ámbito público no podría decidirse y adoptarse sin operar la intervención que normativamente competiera a la representación del personal. En esta sede, la actividad sindical encuentra puntos de anclaje con la mas tradicional acción de defensa y protección de los intereses de los trabajadores, al quedar ya relegada la defensa de lo público ante la exclusiva atención que requiere la contemplación de la situación contractual de los trabajadores que habían venido prestando el servicio público que posteriormente revierte a su titular. Situación similar que se trasluciría para el personal de la empresa por finalización del contrato de gestión del servicio público, pero sin reversión al ámbito público al iniciarse un nuevo proceso de contratación y adjudicación a distinta empresa. Tanto en uno como en otro caso, los empleados de la empresa privada que estuvieron asignados a la prestación del servicio público podrían quedar bajo el efecto de una subrogación siguiendo al servicio bajo la nueva empresa contratista del mismo, siempre que así se impusiera por el convenio colectivo aplicable en el sector, incluyéndose en su caso en el pliego de condiciones de la contratación, o bien podrían ser subrogados por la Administración o entidad pública al que revertiera en su caso tal servicio, si asimismo tal efecto hubiera

[52] Sobre el juego de la subrogación en los casos de rescate o reversión por la Administración de la concesión administrativa, vid. Fernández Fernández, R., *La sucesión de empresas en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Op.cit.. págs. 130 ss.

[53] Véase al respecto recientemente, recogiendo y participando de este debate, Alfonso Mellado, C.L., "La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)". Revista de Derecho Social nº 73, 2016, págs. 25 ss.

sido objeto de acuerdo en la negociación con los sindicatos en esa previa fase de decisión de externalizar tal servicio.

Los problemas pueden surgir en aquellas situaciones en las que, iniciado un nuevo procedimiento administrativo de contratación para la gestión del servicio público, éste finalizara sin una posterior adjudicación a empresa alguna o la nueva empresa contratista no quedara obligada a la subrogación del personal al no incluirse así en el pliego de condiciones y al no existir norma convencional que exigiera dicho efecto. En tales contextos, la intervención sindical encuentra un nuevo frente de actuación, bien desde la empresa inicialmente contratista a los fines de la reordenación del personal excedente no subrogado o bien desde la Administración o entidad pública titular del servicio, ya sea para adoptar el compromiso de garantizar la subrogación en los concursos para la gestión de servicios públicos o ya sea para acoger al personal de la anterior empresa gestora que no fue asumido por la posterior adjudicataria al no quedar obligada a la subrogación por ausencia de tal clausula en las condiciones de contratación pública y de estipulación convencional que así lo exigiera [54].

Ahora bien, abierto este frente de la actuación sindical en un contexto de garantías en relación a los efectos de una externalización de servicio público sobre los niveles de empleo y condiciones laborales de los trabajadores afectados (ya sea desde la orilla de la Administración o entidad pública titular del servicio como desde la vertiente de las empresas privadas contratistas en la gestión del mismo), debe clarificarse por último, y una vez mas, cual sea el interés del sindicato, y su fundamento, en este concreto escenario de intervención. Para ello baste nuevamente recordar consideraciones expresadas con anterioridad, y así concluir que en el planteamiento de acciones de protección para la plantilla implicada en estos procesos de contratación pública, tanto desde su cobertura por acuerdos negociados con empresas o entes responsables, como desde la adopción de medidas de conflicto para su reivindicación o defensa, o desde la apertura de vías judiciales de conocimiento y resolución, al sindicato actuante se le exige ostentar no ya un interés genérico en la aplicación del derecho objetivo, sino un interés legítimo y directo en la pretensión que en concreto articule y que vendrá

[54] Es tipo de estipulaciones fueron las acogidas por ejemplo en un Acuerdo entre sindicatos y la corporación RTVE, incluyendo el compromiso de una obligada subrogación en las contrataciones públicas abiertas por la corporación. El incumplimiento de tal compromiso por RTVE provocó una demanda sindical que derivó en la SAN de 22 de diciembre de 2013 (Procedimiento núm. 435/2013) declarando efectivamente el incumplimiento de un acuerdo que tiene naturaleza análoga a un convenio colectivo, y con ello la incorrección de la conducta empresarial, pero sin alcanzar en el enjuiciamiento al debido contenido del pliego de condiciones de un contrato que no es de naturaleza laboral.

identificado, sustentado y en suma reconocible por la conexión entre uno y otra, esto es, por el engarce entre la pretensión y el ámbito de defensa de los intereses del colectivo de trabajadores donde el sindicato ciñe su actuación. De este modo, la vinculación directa del sindicato con el contexto y ámbito de origen de la pretensión (sea ésta la de negociar con el ente público las condiciones y efectos de la externalización de servicios públicos, o la de intervenir en la gestión de los mismos en la empresa privada contratista, o la de plantear acciones conflictivas o judiciales en relación a una u otra pretensión) constituirá el nexo justificativo del interés legítimo y directo del sindicato que le proporcione la necesaria legitimación para intervenir en todo escenario de operatividad con efectos en la prestación de un servicio público.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, la posición institucional de los sindicatos no les hace poseedores de una facultad interventora en cualquier decisión de gestión administrativa pública con efectos en la prestación de un servicio público, en una supuesta función de valedor del interés general, y público, a que dicho servicio se preste en cualquier caso bajo parámetros de cobertura, calidad y eficiencia. Pero tampoco la Administración responsable de un servicio público tiene la capacidad de eludir, desconocer o menoscabar esa posición institucional allí donde ésta legalmente debe y puede proyectarse. Consiguientemente, no recayendo sobre el sindicato, con carácter general, la defensa y promoción de un supuesto interés público en la corrección y adecuación exigible en el ejercicio de una potestad administrativa, y que le habilitara para reclamar su intervención en todo proceso decisional de la Administración que se derive en la externalización de un servicio público, sí es reconocido el derecho del sindicato con un interés directo a participar en aquellas decisiones de tal naturaleza y finalidad que en concreto puedan repercutir o afectar a los intereses y derechos representados por el sindicato en cuestión.

Los sindicatos son los llamados a participar en la gestión diaria de las empresas privadas que prestan servicios públicos, en cumplimiento de su papel de defensa y promoción de los derechos e intereses de los trabajadores que en concreto desempeñen sus actividades profesionales en aquellas, y precisamente su acción sindical en tal entorno debe quedar inevitablemente inspirada por la naturaleza de servicio público de las prestaciones que dichos trabajadores acometen. En otros términos, se reclama a los sindicatos cumplir su función en un escenario de servicio público gestionado por privados, matizando o inspirando su actividad sindical por referencia a un servicio público que sigue manteniendo su naturaleza aun cuando se preste en un ámbito de dirección y organización de índole privada. Así pues, reclamando del sindicato su papel institucional en estos

escenarios ya externalizados, ya culminados los procesos decisionales iniciados por la Administración, no habría de cerrarse la puerta a la idoneidad de que los sindicatos pudieran estar presentes de alguno modo en el seno de dichos procesos para cumplir idéntico papel. De la misma manera que se operan mecanismos o instrumentos que posibilitan el control o seguimiento del servicio público cuando es prestado por una empresa privada, sería factible prever y habilitar vías que permitieran al sindicato participar en las fases previas a traspasar la gestión de dicho servicio del ámbito público al privado. Y una apertura de negociación con los sindicatos en el proceso de decisión administrativa con un tal fin de transferencia, no habría de constituir el único escenario donde situar y/o reclamar tal intervención sindical.