

La contratación de personas trabajadoras en España por empresas extranjeras: ¿es válido recurrir a las empresas EOR o a las ETT o se trata de una cesión ilegal?

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

carolina.gala@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>

Extracto

En los últimos años, dentro del siempre cambiante mundo de la descentralización productiva, han surgido dos vías cuyo objetivo es facilitar que una empresa extranjera que no tiene sede, ni filial ni sucursal en España pueda contar con el personal necesario para poder desarrollar su actividad empresarial en territorio español. Esas dos vías son el recurso a una empresa de trabajo temporal (ETT) establecida en España y la contratación con una empresa EOR (*employer of record*). En este trabajo se analizan ambas fórmulas y su viabilidad legal en nuestro país, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en materia de cesión ilegal de personas trabajadoras.

Palabras clave: cesión de personas trabajadoras; empresas de trabajo temporal; responsabilidades; derechos laborales; descentralización productiva; cesión ilegal; figura del empresario.

Recibido: 02-07-2023 / Aceptado: 24-07-2023 / Publicado: 06-09-2023

Cómo citar: Gala Durán, C. (2023). La contratación de personas trabajadoras en España por empresas extranjeras: ¿es válido recurrir a las empresas EOR o a las ETT o se trata de una cesión ilegal? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 13-38. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19295>

The hiring of workers in Spain by foreign companies: is it valid to use EOR or ETT companies or is it an illegal assignment?

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

carolina.gala@uab.cat | <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>

Abstract

In recent years, within the ever-changing world of productive decentralisation, two ways have emerged whose objective is to facilitate that a foreign company that has no headquarters subsidiary or branch in Spain can have the necessary personnel to be able to develop its business activity in Spanish territory. These two methods are the use of a temporary employment agency (ETT –abbreviation of de Spanish term–) established in Spain and contracting with an employer of record (EOR) company. This paper analyses both formulas and their legal viability in Spain, taking into account the provisions of article 43 of the Workers' Statute regarding the illegal transfer of workers.

Keywords: agency work; temporary work agencies; responsibilities; labour rights; productive decentralisation; illegal assignment; the figure of the employer.

Received: 02-07-2023 / Accepted: 24-07-2023 / Published: 06-09-2023

Citation: Gala Durán, C. (2023). The hiring of workers in Spain by foreign companies: is it valid to use EOR or ETT companies or is it an illegal assignment? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 476, 13-38. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19295>



Sumario

1. Introducción
 2. ¿Puede recurrir una empresa extranjera sin personal propio a una ETT en España?
 - 2.1. La realidad de la que partir...
 - 2.2. La frontera entre las necesidades temporales de una empresa usuaria y la cesión ilegal de personas trabajadoras
 3. ¿Puede una empresa extranjera sin personal propio recurrir a una empresa EOR?
 - 3.1. ¿Qué es una empresa EOR?
 - 3.2. ¿Es legal la actuación de una empresa EOR en España?
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Es un lugar común señalar que la realidad o, en este caso, la práctica empresarial siempre va por delante de las normas, por cuanto aquella y sus necesidades siempre requieren respuestas rápidas, flexibles e, incluso, imaginativas. Hay múltiples ejemplos de ello, y uno se está dando, desde hace pocos años, en el campo de la contratación de personas trabajadoras españolas o extranjeras, pero residentes en España, por parte de empresas extranjeras.

A estos efectos, cuando una empresa extranjera quiere contratar a una persona trabajadora en España, las opciones son varias según la propia situación en la que se encuentra dicha empresa y su estrategia de negocio. Así, en primer lugar, si dicha empresa tiene una sede¹, filial² o sucursal³ en España procederá a contratar directamente a la persona trabajadora como cualquier otra empresa en nuestro país, estando sujeta, además, a todas las obligaciones derivadas de la normativa laboral y de Seguridad Social internas. En segundo lugar, puede darse la situación de que la empresa extranjera no requiera a una persona trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia, en cuyo caso esta establecerá una relación mercantil con dicha empresa, aplicándose la normativa interna española sobre el trabajo autónomo y estando obligada la persona trabajadora a darse de alta en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos y a cumplir las correspondientes obligaciones con Hacienda.

Y, en tercer lugar, y esta es la situación que se está desarrollando en los últimos años, la empresa extranjera no tiene ni sede ni filial ni sucursal en España, pero necesita personal para el desarrollo de su actividad en territorio español. En estos supuestos, se abre una doble opción en la práctica: 1.^a recurrir a una ETT (empresa de trabajo temporal) ubicada en España para que le facilite el personal que necesita; y 2.^a acudir a una empresa EOR (*employer of record*) –empresa intermediaria– que también le facilita el personal que necesita para el desempeño de su actividad empresarial en territorio español, y que también se encarga de todos los trámites de contratación, pago de nóminas, alta en la Seguridad

¹ Cabe recordar que la sede es el emplazamiento elegido por una empresa para establecer el núcleo o uno de los núcleos de una determinada actividad económica. Ese emplazamiento puede ser físico o digital. Solo las grandes empresas suelen contar con sedes en varios países.

² Una filial es una empresa que opera en el extranjero y que forma parte de una corporación más grande con sede en otro país (la empresa matriz, que tiene más del 50 % de las acciones de la filial).

³ Una sucursal mantiene una relación de dependencia con la empresa matriz.

Social y pago de cotizaciones, etc. El objetivo de este trabajo es precisamente analizar estas dos últimas situaciones, para determinar si son legales desde la perspectiva de la normativa aplicable, que es la española.

2. ¿Puede recurrir una empresa extranjera sin personal propio a una ETT en España?

2.1. La realidad de la que partir...

La respuesta a la pregunta formulada es, sin duda, afirmativa si dicha empresa tiene una sede, una filial o una sucursal en territorio español, aplicándose lo dispuesto en la normativa que rige las ETT y el Estatuto de los Trabajadores (ET). En ese caso, la empresa extranjera actúa a efectos laborales, y a otros efectos, como una empresa española, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades. Pero y si como planteábamos anteriormente no es ese el caso y lo que ocurre es que recurre directamente a una ETT autorizada y ubicada en España para que le facilite el personal –más o menos numeroso y con independencia de a lo que se dedique– que requiere para desarrollar su actividad empresarial en España: ¿eso es legal?

En ese supuesto, está claro que el procedimiento que se seguiría sería el habitual en el marco de las ETT y, en consecuencia, conforme a lo previsto en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT) y en su normativa de desarrollo⁴, la empresa extranjera tendría que formalizar por escrito un contrato de puesta a disposición con la ETT en los supuestos previstos en el artículo 6.2 de la LETT, no podría tratarse de uno de los casos prohibidos por el artículo 8 de la LETT, la ETT contrataría a las personas trabajadoras y estas tendrían derecho a las condiciones esenciales de trabajo y empleo en los términos previstos en el artículo 11 de la LETT y al resto de los derechos recogidos en el artículo 17 de la LETT. Y, en fin, el poder de dirección y control de la actividad lo ejercería la empresa extranjera –empresa usuaria– y, en su caso, se aplicaría el régimen de responsabilidades recogido en el artículo 16.3 de la LETT. Pero, a pesar de todo ello, en este caso existe un dato esencial que lo altera todo: como decíamos, la empresa extranjera no tiene sede, sucursal o filial en España, limitándose a contratar «desde fuera» a una ETT ubicada en territorio español para poder contar con el personal que va a desarrollar su actividad empresarial en dicho territorio; actividad que sí tiene, que puede ser temporal o permanente (es irrelevante a nuestro entender), y que, incluso, puede afectar a cientos de personas trabajadoras. Está claro que la empresa extranjera opta por esta vía dentro de su estrategia de negocio, pero puede ser por motivos diversos: para evitarse el procedimiento

⁴ Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal.

de selección del personal y las responsabilidades derivadas de una contratación directa, como una solución provisional mientras prueba suerte en un nuevo mercado, como una vía previa a la puesta en marcha de una filial en España, etc.

2.2. La frontera entre las necesidades temporales de una empresa usuaria y la cesión ilegal de personas trabajadoras

Desde la perspectiva normativa, la regulación aplicable está clara. Nos encontramos, como señalábamos antes, ante una empresa usuaria –la empresa extranjera– que recurre a una ETT ubicada en España para que esta le ponga a su disposición, de forma temporal, las personas que requiere para desarrollar su actividad empresarial. Por tanto, como vimos, las normas aplicables son la LETT y el Real Decreto 417/2015. También cabe recordar que, tal y como señala el artículo 43.1 del ET, la contratación de personas trabajadoras para cederlas temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos previstos legalmente.

Centrándonos exclusivamente en la perspectiva contractual, cabe señalar que la empresa usuaria celebrará por escrito un contrato de puesta a disposición (que debe tener un contenido mínimo⁵) con la ETT, cuyo objeto es la cesión de la persona trabajadora para prestar servicios en la empresa usuaria⁶, a cuyo poder de dirección y control quedará sometida⁷. Y este contrato de puesta a disposición, de naturaleza mercantil, según lo previsto en el artículo 6.2 de la LETT, solo puede celebrarse en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo previsto en el artículo 15 del ET. Asimismo, desde hace algunos años, también puede celebrarse un contrato de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato formativo del artículo 11 del ET. En concordancia con ello, la duración del contrato de puesta a disposición depende de lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del ET, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12.3 de la LETT en cuanto a los eventuales periodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios⁸.

⁵ Datos identificativos de la ETT y de la empresa usuaria, supuesto de celebración, contenido de la prestación laboral y cualificación requerida, riesgos profesionales del puesto, etc.; artículo 14 del Real Decreto 417/2015. Existe además un modelo de contrato.

⁶ Artículo 6.1 y 3 de la LETT.

⁷ Artículo 15 de la LETT.

⁸ Conforme a dicho precepto, la ETT debe asegurarse de que la persona trabajadora, previamente a su puesta a disposición, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesta. En caso contrario, le deberá facilitar dicha formación, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios.

En definitiva, en correspondencia al propio papel atribuido a las ETT en nuestra legislación, y tal y como reconoce expresamente el artículo 1 de la LETT e implícitamente su artículo 6.2, los contratos de puesta a disposición solo pueden atender necesidades temporales de la empresa usuaria, y, más concretamente, aquellas que se amoldan a los supuestos previstos en los artículos 11 y 15 del ET.

La finalidad del contrato de puesta a disposición es atender, única y exclusivamente, necesidades temporales de la empresa usuaria, por lo que el recurso a las ETT se diseña legalmente como una vía alternativa, y para los mismos casos, a la contratación temporal directa por parte de la empresa usuaria:

[...] sin que el contrato de puesta a disposición pueda ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal [...] (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 17 de octubre de 2006, rec. 2426/2005) (Falguera Baró, 2022, p. 1.086).

Y, por su parte, la ETT –como empresaria– formalizará con la persona trabajadora que va a poner a disposición de la empresa usuaria, como prevé el artículo 10 de la LETT, un contrato por tiempo indefinido –cosa que no se hace en la práctica–, o un contrato por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición –art. 15 ET–. También puede celebrar un contrato formativo del artículo 11 del ET o un contrato de trabajo fijo discontinuo del artículo 16 del ET en los supuestos previstos especialmente en la LETT (Falguera Baró, 2022, pp. 1.079-1.080).

A día de hoy y tras la reforma laboral de finales de 2021, el contrato de puesta a disposición solo puede celebrarse cuando la empresa usuaria tiene que cubrir circunstancias de la producción, definidas en los complejos términos previstos en el artículo 15.2 del ET (circunstancias previsibles o imprevisibles, y con la exclusión expresa de los trabajos en el marco de las contrata, subcontratas o concesiones administrativas), o bien cuando tiene que sustituir a una persona con derecho a la reserva de su puesto de trabajo, completar una reducción de la jornada de trabajo –prevista legal o convencionalmente–, o cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante un contrato indefinido (máximo de 3 meses). Asimismo, también puede formalizarse un contrato de puesta a disposición cuando se den en la empresa usuaria las circunstancias justificativas, según el artículo 11.2 y 3 del ET, de un contrato para la formación en alternancia o de un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional. Desde una perspectiva práctica, cabe recordar que la contratación a través de ETT en nuestro país tiene cierto peso: a título de ejemplo, de enero a diciembre de 2022 se celebraron 3.614.852 contratos de puesta a disposición y se contrataron 807.704 personas para ser cedidas a empresas usuarias en España⁹.

⁹ [https://www.mites.gob.es/estadisticas/Ett/ett22DicAv/Avance%20ETT%20\(enero-diciembre%202022\).pdf](https://www.mites.gob.es/estadisticas/Ett/ett22DicAv/Avance%20ETT%20(enero-diciembre%202022).pdf)

Partiendo de ello, cabe preguntarse qué ocurre cuando una empresa usuaria recurre a una ETT sin que exista una de las necesidades temporales antes mencionadas. Desde la perspectiva legal, el artículo 16.3 de la LETT señala que la empresa usuaria responderá solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con la persona trabajadora cedida durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo cuando se incumple lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la LETT (*vid.* Falguera Baró, 2022, pp. 1.086-1.087).

Cabe recordar aquí que, durante cierto tiempo, se discutió si cuando se cubrían necesidades no temporales (permanentes) de la empresa usuaria solo se aplicaba esta responsabilidad solidaria frente a las deudas pendientes o, por el contrario, se trataba de una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET.

A día de hoy, y desde hace ya bastantes años (desde el año 2006), la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) es clara al respecto (Altés Tárrega y García Testal, 2010, p. 301; Ceinos Suárez, 2019, pp. 144-145; Valverde Asencio, 2007, pp. 201 y ss.): recurrir a una ETT cuando no se trata de una necesidad temporal de las mencionadas en el artículo 6 de la LETT o se está ante uno de los supuestos prohibidos por el artículo 8 de la LETT constituye una cesión ilegal de personas trabajadoras, aplicándose lo dispuesto en el artículo 43 del ET, con todas sus consecuencias; señalándose al respecto que no parece:

[...] fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de la cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD [contrato de puesta a disposición] se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC [Código Civil]¹⁰.

En el mismo sentido, la STS de 3 de noviembre de 2008 (rec. 1697/2007) apunta que:

[...] cuando la contratación temporal que lleva a cabo la ETT se proyecta sobre actividades totalmente ordinarias, normales y para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, sin que el artículo 16.3 de la Ley de empresas de trabajo temporal agote las consecuencias jurídicas de una contratación fraudulenta. O lo que es lo mismo, la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores puede producirse también en caso de que exista esa cesión ilegal de trabajadores, aunque se trate de ETT y la infracción no se refiera a los artículos 6 y 8 de la LETT, y así se dice literalmente en el fundamento de derecho sexto número 4 de la primera de las sentencias citadas que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores no solo puede alcanzar a los contratos de puesta

¹⁰ Entre otras, SSTs de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005) y de 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/2005). También, STS de 17 de octubre de 2006 (rec. 2426/2005).

a disposición que se lleven a cabo «[...] en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC».

En fin, en la STS de 19 de febrero de 2009 (rec. 2748/2007) se manifiesta que:

[...] en la misma sentencia precisamos las fronteras entre la cesión ilegal, producida entre la ETT y la empresa usuaria y las irregularidades en los contratos de puesta a disposición, examinando el inciso final del art. 43.1 ET, cuando se refiere a «los términos legales que se establezcan», del modo siguiente: En nuestro parecer, la expresión legal examinada [...] no comprendería –como integrante de cesión ilegal– determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, pudiendo hacerse la afirmación general de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC.

Y, más recientemente, la STS de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018) afirma que:

[...] el art. 43.1 ET autoriza la cesión de trabajadores cuando la misma se efectúe a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, siempre que se haga en los términos establecidos legalmente. Consiguientemente, cuando la empresa de trabajo temporal ceda trabajadores a la empresa usuaria sin respetar los términos establecidos legalmente, también se producirá cesión ilegal de trabajadores, lo que constituye una falta muy grave, de conformidad con el art. 8.2 LISOS [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social], que sanciona como tal a la cesión ilegal de trabajadores, fueren quienes fueren sus responsables¹¹.

En conclusión, cuando una empresa usuaria recurre a una ETT para cubrir una necesidad que no cumple los requisitos del artículo 6.2 de la LETT o incumple lo dispuesto en el artículo 8 de la LETT, nos encontramos ante una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET.

¹¹ También, SSTs de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

Retomando ahora la pregunta formulada páginas atrás: ¿puede una empresa extranjera, que no tiene sede, ni filial ni sucursal en España, recurrir a una ETT para poder disponer del personal necesario para desarrollar su actividad empresarial en territorio español? Como ejemplo real cabe mencionar el caso reciente de una compañía aérea extranjera –Norwegian Air– que, para operar, entre otros, en los aeropuertos de Barcelona, Madrid y Málaga, recurrió varios años a una ETT para que le facilitase todo el personal necesario, más de 100 personas, contando solo con 2 jefes de base que, además, no estaban dados de alta en la Seguridad Social española (o, incluso, sin ningún trabajador propio¹²). Cabe tener presente, no obstante, que esta «curiosa» forma de gestión del personal ya la había iniciado la empresa Ryanair años antes, con la variable –todavía más compleja– de recurrir a empresas semejantes a ETT, pero ubicadas en Irlanda (Juárez Pérez, 2019, pp. 372 y ss.). En todo caso, ¿es legal o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal del artículo 43 del ET?

Los datos relevantes en este ámbito son varios: a) la empresa extranjera no tiene sede, ni filial ni sucursal en España; b) dicha empresa está desarrollando una actividad empresarial en España, sea cual sea su naturaleza y el sector de actividad en el que se produzca, y su carácter temporal o permanente; y c) dicha empresa no tiene personal contratado en nuestro país o bien solo un personal mínimo que, incluso, puede no estar dado de alta en el sistema de Seguridad Social español.

Si tenemos en cuenta esos datos, inmediatamente surge la cuestión de cómo es posible que una empresa extranjera pueda desarrollar su actividad empresarial valiéndose casi o exclusivamente de personal cedido por una ETT, que solo puede desempeñar, como hemos visto, actividades de carácter temporal y bastante limitadas tras la reforma laboral de 2021, así: a) claramente se descarta, por sus propias características, la posibilidad de que se den las circunstancias que justificarían un contrato de puesta a disposición fundamentado en las necesidades formativas recogidas en el artículo 11 del ET; b) al no existir plantilla propiamente dicha, no cabe recurrir a la sustitución de una persona con derecho a la reserva de puesto de trabajo (salvo quizás en el caso de la persona coordinadora, que no es el caso), ni es posible completar una situación de reducción de jornada o cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción por un periodo máximo de 3 meses (art. 15.3 ET); y c) tampoco se dan los presupuestos del artículo 15.2 del ET, ya que no se trata de un incremento ocasional e imprevisible de la actividad empresarial u oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de aquella, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, por cuanto de por sí la actividad normal de la empresa es la que desarrolla el personal cedido por la ETT. Y, en fin, tampoco se trata de atender situaciones ocasionales, previsibles y que tienen una duración reducida y delimitada.

¹² El caso del aeropuerto de Madrid, STS de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

En definitiva, resulta claro que las personas trabajadoras cedidas por la ETT desarrollan la actividad empresarial normal y permanente de la empresa extranjera, con lo que dicha actividad no encaja, de ningún modo, en los supuestos contemplados en el artículo 6.2 de la LETT y nos encontramos, tal y como señala la jurisprudencia, ante una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET.

Esta solución es precisamente la defendida por los tribunales en el caso real antes mencionado –empresa Norwegian Air– en varias sentencias de tribunales superiores de justicia y del TS. En palabras de la STS de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018):

[...] concurre cesión ilegal de trabajadores, cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, como ha sucedido aquí, lo cual comporta que, si la ETT cede ilegalmente a trabajadores no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas [...] llegamos a dicha conclusión, porque se ha demostrado cumplidamente que, desde el 1-03-2012 al 21-12-2014 la empresa de trabajo temporal cedió nada menos que 74 trabajadores a la empresa usuaria, quien no contaba con una plantilla propia para prestar servicios de navegación aérea en la base de Málaga y en otras del territorio español, habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción, que desbordaron con mucho los límites temporales del art. 15.1 b) ET, acreditando, por tanto, que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u ordinaria de la empresa. Dicha conducta constituye claramente una cesión ilegal de trabajadores toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el art. 6.2 de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los límites establecidos en el art. 43.1 ET.

En el mismo sentido se manifiestan las SSTs de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

Ahora bien, tratándose de una cesión ilegal de personas trabajadoras, ¿cuáles son las consecuencias y responsabilidades derivadas para las dos empresas implicadas?

Empezando por las responsabilidades a nivel administrativo, cabe tener presente que el artículo 8.2 de la LISOS califica como una infracción muy grave la cesión de personas trabajadoras en los términos prohibidos por la legislación vigente. Y, a la vez, el artículo 18.2 c) de la LISOS considera una infracción grave de la ETT formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la LETT (tratándose de una infracción por cada persona trabajadora afectada); y en el mismo sentido, pero respecto de la empresa usuaria, se manifiesta el artículo 19.2 b) de la LISOS. Resulta evidente que una misma conducta no puede ser sancionada por ambas vías, lo que ha sido debatido en los tribunales.

En este sentido, el TS, en varias sentencias¹³, ha declarado que prevalece la infracción muy grave del artículo 8.2 de la LISOS, fundamentándose para ello en varios argumentos:

1.º Concorre una cesión ilegal cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, lo que comporta que, si la ETT cede ilegalmente a personas trabajadoras, no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas.

2.º Los artículos 18.2 c) y 19.2 b) de la LISOS sancionan conductas que afectan exclusivamente a las ETT y a las empresas usuarias, quienes son las que suscriben el contrato de puesta a disposición, de manera que la indebida utilización de dicho contrato es imputable exclusivamente a ellas, sin que en ninguno de esos preceptos se esté contemplando la cesión ilegal, que se activa cuando la ETT cede personas trabajadoras a la empresa usuaria sin atenerse a los términos establecidos legalmente (art. 43.1 ET), que excluyen la utilización del contrato de puesta a disposición para cubrir necesidades estructurales u ordinarias de las empresas usuarias.

3.º Dado que la conducta sancionada no es la simple utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la LETT, cuya comisión afectaría exclusivamente a la ETT y a la empresa usuaria, sino una cesión ilegal de personas trabajadoras en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilegalmente personal de la ETT a la empresa usuaria, que debe calificarse como una falta muy grave, según el artículo 8.2 de la LISOS, que no excluye, de ninguna manera, a las ETT, cuando estas ceden personas trabajadoras sin atenerse a los límites legales.

4.º Si no fuera así, si la cesión ilegal quedara reducida a una falta grave, se produciría un efecto perverso, toda vez que siendo las ETT las únicas empresas autorizadas para la cesión de personas trabajadoras, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como prevé el artículo 43.1 del ET, podrían ceder ilícitamente a personas trabajadoras, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior al resto de las empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado.

En definitiva, cuando una empresa extranjera sin sede, ni filial ni sucursal en España recurre a una ETT para cubrir sus necesidades permanentes de personal, desde la perspectiva administrativa, tanto ella como la ETT incurren en la falta muy grave del artículo 8.2 de la LISOS. En consecuencia, ambas empresas se enfrentan a una multa individual, según las circunstancias concurrentes¹⁴, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio, de 30.001 a 120.005 euros, y, en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros. Ello no obsta a que, de darse las circunstancias requeridas, una de las empresas pueda

¹³ Así, SSTs de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018), de 29 de junio de 2022 (rec. 749/2019) y de 27 de abril de 2023 (rec. 2935/2020).

¹⁴ Artículos 39 y 40.1 c) de la LISOS.

reclamar a la otra el pago realizado, así como una posible indemnización adicional; cosa que deberá dilucidarse en la jurisdicción civil.

Y, junto a ello, las responsabilidades laborales y de Seguridad Social se configuran conforme a lo dispuesto en el artículo 43.3 y 4 del ET, donde se prevé que los empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con el personal y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales. Además, las personas trabajadoras sometidas a cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijas, a su elección en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos de la persona trabajadora en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a una persona trabajadora que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Respecto a la aplicación práctica de dichos términos, cabe tener en cuenta varias consideraciones:

1.^a Está claro que, en el supuesto que nos ocupa, tanto la empresa extranjera como la ETT responderán solidariamente del pago de las deudas laborales pendientes –de todo tipo, incluida la indemnización por despido improcedente–, y de las deudas con la Seguridad Social (principalmente, deudas por cotizaciones pendientes, pero también del pago del recargo de prestaciones, o del pago de prestaciones en los casos de incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización, conforme a lo establecido en los arts. 167.2 y 168.2 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–). Se trata de una responsabilidad solidaria *ex lege* y sujeta al CC, lo que implica que cualquiera de las empresas responde de la totalidad de la deuda frente al acreedor (la persona trabajadora, sus familiares, la Tesorería General de la Seguridad Social, principalmente), con independencia de que luego las empresas implicadas puedan reclamarse pagos entre sí. El acreedor puede reclamar a ambas empresas o solo a una de ellas. Se trata, además, de una responsabilidad derivada de obligaciones propias.

Ya hemos adelantado que esta responsabilidad solidaria alcanza a todas las obligaciones contraídas con la persona trabajadora durante la cesión ilegal, con independencia de su naturaleza, llevándose a cabo una interpretación amplia de las mismas. Por tanto, abarca tanto las deudas salariales como indemnizatorias o derivadas de cualquier otro título, tales como, por ejemplo, las mejoras voluntarias, los recargos de prestaciones, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o las consecuencias derivadas de un despido improcedente. Y ello sea cual sea su origen, es decir, ya deriven de lo dispuesto en las normas, en el convenio colectivo aplicable o en el contrato. Respecto a las deudas salariales, el TS ha declarado que la persona cedida tiene derecho a percibir, desde el inicio de la cesión ilegal, la retribución prevista en el marco de la empresa cesionaria¹⁵.

¹⁵ STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 675/2005).

Asimismo apuntamos antes que esta responsabilidad solidaria afecta también a las deudas por cotizaciones (y recargos) y, conforme a lo establecido en el artículo 168.2 de la LGSS, existe responsabilidad solidaria entre los empresarios cedente y cesionario en orden al pago de las prestaciones de la Seguridad Social «en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo». Por tanto, en el caso en que respecto de la persona trabajadora objeto de cesión ilegal se hubieran incumplido las obligaciones de alta o cotización y se declarase la correspondiente responsabilidad en orden al pago de prestaciones –arts. 167.2 LGSS y 94 a 96 Ley de Seguridad Social de 1966–, del pago –total o parcial– de la correspondiente prestación responderían solidariamente ambas empresas. El pago de la prestación podrá reclamarlo tanto la persona trabajadora cedida ilegalmente como sus familiares (en los casos de las prestaciones por muerte y supervivencia), y puede tratarse de cualquiera de las prestaciones económicas contributivas recogidas por nuestro sistema de Seguridad Social.

La amplitud de esa responsabilidad se fundamenta en que la misma surge como respuesta a una actuación contraria a la ley; a lo que cabe añadir la intención de proteger de la forma más completa posible a la persona cedida ilegalmente, cuyos derechos –así como los del sistema de Seguridad Social– son los que pueden verse más directamente afectados por la conducta de las empresas cedente y cesionaria. Asimismo, debe tenerse presente que dichas empresas responderán de las obligaciones siempre y cuando estas hayan sido contraídas durante el tiempo en que se produjo la cesión ilegal, no de las anteriores o posteriores. Y que solo responderán frente a aquellas personas trabajadoras (o sus familiares en el caso de la responsabilidad en orden al pago de prestaciones) que fueron objeto de cesión ilegal.

En fin, respecto al plazo para poder reclamar esta responsabilidad, cabe mencionar el artículo 59 del ET, según el cual las acciones derivadas del contrato que no tengan fijado un plazo especial prescribirán al año de su finalización. Por otra parte, en el caso de las cotizaciones de la Seguridad Social, el plazo de prescripción es de 4 años. Y cabe tener presente que la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones prescribe al año, a contar desde la fecha en que la entidad gestora comunica a la persona beneficiaria perjudicada su resolución firme por la que se le deniega total o parcialmente la prestación solicitada¹⁶.

2.^a Por otra parte, cabe tener presente que, según reiterada jurisprudencia, la elección a favor de la empresa cesionaria solo se puede producir mientras esté vigente la cesión ilegal (Asenjo Pinilla, 2018, p. 32)¹⁷. A los efectos del ejercicio de la acción, cabe tener en cuenta que, en caso de ser despedida la persona cedida, esta tiene 20 días para reclamar judicialmente frente a ambas empresas (Asenjo Pinilla, 2018, p. 34).

¹⁶ Artículo 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

¹⁷ Entre otras, STS de 8 de julio de 2003 (rec. 2885/2002).

Esa opción solo es posible cuando las dos empresas implicadas en la cesión ilegal son reales y no en los casos de que la empresa cedente es ficticia¹⁸. En este ámbito, es bastante probable o común que la persona trabajadora plantee judicialmente la acción de cesión ilegal de forma conjunta con la acción de despido, acumulando ambas acciones. A este respecto, cabe señalar que el TS considera que esa acumulación no es posible, al no estar ya vigente la situación de cesión ilegal en el momento del despido. La excepción se da cuando la interposición de la demanda es anterior a la finalización del contrato¹⁹. Cuando es posible la acumulación y se estima la improcedencia del despido, corresponde a la persona trabajadora elegir la empresa por la que opta y luego esta decidirá entre readmisión o indemnización²⁰ (Falguera Baró, 2022, p. 1.099). El salario a tener en cuenta para calcular esa indemnización es el correspondiente a la empresa por la que ha optado la persona trabajadora²¹.

Si se optase por la empresa cedente, la antigüedad no computará desde el inicio de la cesión ilegal, sino, en su caso, desde el inicio de la relación laboral con esa empresa.

Aplicando todo lo anterior al caso que nos ocupa, si la persona trabajadora recurre a los tribunales mientras está vigente la cesión ilegal, podrá reclamar la condición de fija o indefinida en la ETT –empresa cedente– o en la empresa extranjera –empresa cesionaria–; optando muy probablemente por esta, pasando a computarse la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal y teniéndose derecho a las condiciones laborales de una persona en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente. Sin embargo, aquí surge un problema particular, consistente en que, como hemos visto, la empresa extranjera no cuenta con sede, filial o sucursal en España, por lo que se frustraría o dificultaría enormemente esa elección en la práctica.

Si, como es habitual, no se reclama judicialmente frente a la cesión ilegal para obtener la condición de persona trabajadora indefinida mientras aquella está vigente, ya no podrá hacerse; pero sí se mantendrá la responsabilidad solidaria antes vista.

Y 3.^a, por último, respecto a la posible responsabilidad penal, cabe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 311.1.º y 312.1 del Código Penal (CP); refiriéndose el primero a la imposición ilegal de condiciones de trabajo –como es contratar y ceder a una persona trabajadora en un supuesto no permitido legalmente–, castigándose dicha conducta con una pena de prisión de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 meses. En el segundo precepto, la conducta delictiva se concreta en el tráfico ilegal de personas trabajadoras; sancionándose dicha conducta con una pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses.

¹⁸ Entre otras, STS de 3 de febrero de 2000 (rec. 1430/1999).

¹⁹ SSTs de 29 de octubre de 2012 (rec. 4005/2011) y de 31 de mayo de 2017 (rec. 3599/2015).

²⁰ Entre otras, STS de 31 de mayo de 2017 (rec. 3599/2000).

²¹ Entre otras, STS de 16 de julio de 2020 (rec. 733/2018).

Una vez revisada la doctrina judicial penal en relación con dichos preceptos, puede afirmarse que el artículo 311.1.º se ha aplicado hasta ahora con cierta frecuencia, pero centrándose en conductas vinculadas con la falta del permiso necesario para poder desarrollar una actividad laboral en España, la falta de alta en la Seguridad Social, y la imposición de condiciones abusivas en cuestiones como las horas de trabajo, las vacaciones, la remuneración a percibir o las medidas de prevención de riesgos laborales. En casi todos los supuestos el incumplimiento empresarial abarca varias de las conductas apuntadas²².

En una sola sentencia se aborda la aplicación combinada de los preceptos citados en el marco de una cesión ilegal de personas trabajadoras. Es el caso de la Sentencia de la AP de Madrid de 13 de diciembre de 2004 (rec. 520/2004), donde si bien no se condena penalmente a nadie, ya que la jurisdicción social había determinado previamente que no se daba una cesión ilegal, sino una contrata de actividad del artículo 42 del ET, sí se ratifica que, de tratarse de una cesión ilegal, cabe recurrir perfectamente a los artículos 311.1.º y 312.1 del CP. En este sentido, se afirma que:

a) Ambos artículos están recogidos en el título XV del libro II dentro de los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras; infracciones que se definen como delitos de explotación, indicando que el bien jurídico protegido es la seguridad jurídica de la persona trabajadora en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo, pretendiéndose castigar las maquinaciones o artificios tendentes a lograr un fraude de ley dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es, incidiendo en que se trata de tutelar el conjunto y expectativas derivadas del contrato de trabajo, así como la humana y social dignidad de la persona trabajadora.

b) Según la STS 1611/2000, de 19 de octubre, el artículo 311.1.º requiere que la persona trabajadora se vea compelida a aceptar unas condiciones laborales en las que no se respetan sus derechos y especialmente los de la Seguridad Social, que garantiza unos mínimos indispensables. También se exige que esas condiciones vengan precedidas de engaño o abuso de situación de necesidad. En relación con esta última cuestión, la STS 995/2000, de 30 de junio, señala que por maquinación o procedimiento malicioso ha de entenderse cualquier situación de abuso que evidencie una explotación del empleador al empleado.

Y c), por otra parte, dentro del concepto de «tráfico ilegal de mano de obra» del artículo 312.1 del CP se incluye la contratación realizada al margen de las oficinas de empleo, las ETT y el incumplimiento de las exigencias legales de la cesión de personas trabajadoras (art. 43 ET).

²² A modo de ejemplo, Sentencias de la Audiencia Provincial (AP) de Castellón 281/2021, de 5 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 22/2021, de 23 de marzo, de la AP de Baleares 10/2020, de 25 de febrero, de la AP de Pontevedra 237/2019, de 24 de junio, o de la AP de Teruel 4/2018, de 5 de abril. También, Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2019, de 12 de marzo.

El delito se consuma con la realización del acto de tráfico, sin que sea necesario que se materialice un perjuicio para la persona trabajadora. No obstante, sí es necesario que presente cierta idoneidad para lesionar los derechos de las personas trabajadoras. Asimismo, la expresión «tráfico» conlleva la existencia de un ánimo de lucro o enriquecimiento.

Por tanto, para la jurisdicción penal, en un caso de cesión ilegal, resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 311.1.º y 312.1 del CP, siendo sujetos activos del delito «los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores», así como «los que trafiquen». Pero en el caso que nos ocupa, surge una complicación adicional, derivada del hecho de que una de las empresas es extranjera, sin sede, filial ni sucursal en España. A estos efectos, cabe recordar que, a pesar de ello, en España, a falta de previsión legal al respecto, se aplica la regla de la ubicuidad, lo que implica que, como la lesión del bien jurídico ha tenido lugar en territorio español, puede perseguirse a la empresa extranjera por los tribunales españoles y conforme a la legislación penal española. Y, desde la perspectiva de autoría, cabe pensar muy probablemente en un delito en coautoría²³.

En definitiva, todo lo anterior comporta que ambas empresas implicadas deben ser conscientes de los riesgos que supone el recurso por parte de una empresa extranjera a una ETT para gestionar su actividad en España. Cabe tener en cuenta, no obstante, que si alguna de ellas –particularmente la empresa extranjera– considerase que no ha sido bien informada y que, en consecuencia, desconocía que la situación pudiera ser calificada de ilegal, podría plantear, como ya hemos señalado, las correspondientes reclamaciones judiciales contra la otra empresa por los daños y perjuicios que se le han causado. Obviamente, ello no altera el régimen de responsabilidades antes apuntado, cuyo objetivo esencial es la protección de los derechos de las personas trabajadoras objeto de cesión.

3. ¿Puede una empresa extranjera sin personal propio recurrir a una empresa EOR?

Como adelantamos al inicio de este trabajo, la segunda opción que tiene una empresa extranjera sin una sede, filial o sucursal en territorio español para poder contar con personal para poder desarrollar su actividad empresarial en España es recurrir a lo que se denominan «empresas EOR». Opción de negocio que se ha desarrollado en los últimos 10 años a nivel mundial y que está llegando a nuestro país. Existen empresas multinacionales que trabajan en varios países e, incluso, en varios continentes.

²³ Artículo 28 del CP.

3.1. ¿Qué es una empresa EOR?

Como elemento previo, a nuestro entender, es interesante analizar el funcionamiento de este tipo de empresas, cuya actividad, sin duda, es útil e interesante desde la perspectiva empresarial y de gestión de los recursos humanos a nivel internacional. De hecho, uno de esos alicientes es que facilita la expansión en el extranjero de las empresas, flexibilizando un obstáculo importante, como es el de contar con el personal necesario. A lo que cabe añadir otro aliciente: esta fórmula permite incorporar personas trabajadoras rápidamente sin tener que asumir el coste y el riesgo de constituir una entidad en un país extranjero; ofreciéndose, además, la tranquilidad de estar cumpliendo con todas las obligaciones legales en entornos que son normalmente muy distintos del que puede conocer la empresa extranjera. Y también presentan otras ventajas claras: a) sirven como vehículo para explorar nuevos mercados (se puede probar un nuevo mercado sin dedicar el tiempo y dinero necesarios para constituir una filial o sucursal); b) pueden actuar como escudo de protección frente a un incumplimiento por parte de una persona trabajadora autónoma (la empresa EOR la contrata con todos los requisitos del país de residencia, con el objetivo de evitar posibles incumplimientos a la empresa extranjera); c) pueden constituir una solución provisional mientras la empresa extranjera constituye una entidad en ese país; y d) pueden facilitar una adquisición (cuando se asume una plantilla en otro país, pero el acuerdo de adquisición no incluía la constitución de una entidad en ese país, la empresa EOR puede pagar a ese personal, de forma indefinida o hasta que la empresa extranjera se instale en ese país).

En fin, con total claridad y recogiendo los términos empleados en la página web de una empresa EOR:

El EOR: Incorpora a los empleados locales con contratos que cumplen las normativas vigentes. Paga los salarios, impuestos y complementos requeridos. Respaldada las necesidades de recursos humanos de los empleados en el país. Aunque el EOR se encarga de la gestión de los recursos humanos y las nóminas de los empleados en el país, tú, como cliente, te encargas de gestionar el trabajo diario de esos empleados. De hecho, te beneficias de las aportaciones de los trabajadores en ese país sin asumir un riesgo para tu organización²⁴.

Se puede decir más alto, pero no más claro. El recurso a las empresas EOR entra plenamente dentro de la lógica de la descentralización de los recursos humanos a nivel internacional.

Partiendo de ello, cabe destacar, en primer lugar, que, como decíamos antes, actualmente existen empresas²⁵ de este tipo de alcance internacional –algunas actúan en más

²⁴ www.safeguardglobal.com

²⁵ Como ejemplos de este tipo de empresas podemos citar: Safeguard Global (www.safeguardglobal.com), Slasify (www.slasify.com), Team in Latam (www.team-in-latam.com), Deel (www.deel.com).

de 150²⁶ o 170 países²⁷— o continental²⁸; algunas actúan directamente como una plataforma digital²⁹ y otras cuentan con sedes físicas en algunos de los países en los que operan y/o bien mantienen acuerdos con empresas colaboradoras locales. En el caso más habitual, la empresa EOR constituye entidades permanentes en los principales países en los que pretende actuar (o en bastantes países según las circunstancias), poniendo en marcha la infraestructura local necesaria para poder emplear y retribuir a las personas trabajadoras locales que necesitan las empresas extranjeras, pudiendo recurrir en otros países a empresas colaboradoras locales.

Se trata de una actividad empresarial relativamente reciente que está en auge por las dificultades que implica siempre contratar personal en un país extranjero y/o realizar otras gestiones, incluso en varios países a la vez, cuando así lo requiere dicha actividad, con un carácter temporal o bien permanente. Las empresas EOR no solo se dirigen a las empresas tradicionales, sino también a las ONG y a las universidades y otras instituciones educativas. La presencia de estas empresas se está incrementando ahora en el mercado español.

En todos los supuestos, el objetivo es común: las empresas EOR facilitan personal de todo tipo —que ellas contratan— a empresas extranjeras, para que estas puedan desarrollar su actividad empresarial en un determinado país (o en varios), desentendiéndose así de todos los aspectos relativos a su contratación, pago de retribuciones, determinación de la normativa y condiciones laborales aplicables, protección social, etc. La empresa extranjera paga a la empresa EOR por sus servicios y esta se encarga de contratar y ceder al personal a dicha empresa —que, lógicamente, ejerce la dirección y control de la actividad—; encargándose, además, la empresa EOR de la gestión de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social o protección social y fiscales derivadas de dicha contratación. Estas empresas venden a sus posibles empresas clientes que pueden seguir llevando a cabo sus actividades (*core business*) sin tener que preocuparse por la gestión de la plantilla en el país donde desarrolla las actividades. Asimismo, son empresas que ofrecen una respuesta rápida a las necesidades de la empresa extranjera (en algún caso se señala, por ejemplo, que tan solo en 2 semanas se puede contar con todo el personal necesario en un determinado país³⁰).

También cabe tener en cuenta que la empresa extranjera puede optar por externalizar toda la gestión de los recursos humanos a la empresa EOR o bien solo algunas de las funciones. No obstante, lo más habitual es lo primero.

²⁶ Por ejemplo, Slasify.

²⁷ Por ejemplo, Safeguard Global.

²⁸ En Latinoamérica, cabe mencionar, por ejemplo, la empresa Team in Latam.

²⁹ Parece ser el caso de la empresa Deel.

³⁰ «Safeguard Global internacionaliza tu empresa en menos de un mes» (www.safeguardglobal.com).

Por otra parte, como decíamos antes, las personas trabajadoras son contratadas por la empresa EOR, pero reciben instrucciones y trabajan efectivamente para la empresa extranjera (americana, asiática...), son retribuidas por la empresa EOR, que es quien las da de alta en el sistema de Seguridad Social o arbitra las medidas equivalentes, les gestiona las prestaciones o indemnizaciones y cumple las correspondientes obligaciones fiscales, así como el resto de las obligaciones que puedan surgir en relación con ese contrato. Sin embargo, en algunos supuestos, el personal recibe directamente beneficios sociales de la empresa extranjera (por ejemplo, *stock options*). La empresa EOR también suele ofrecer servicios contables, administrativos, asesoramientos varios, atención 24 horas, etc., a la empresa extranjera, y se presenta frente a aquella como un «*partner*» de colaboración, proveedor o socio laboral. Se ofrece, en definitiva, un servicio global a las empresas extranjeras que quieran desarrollar su actividad en España u otro país o en varios países a la vez; de hecho, estas empresas suelen enviar una única factura mensual a la empresa extranjera por todas sus gestiones, lo que simplifica aún más las cosas para dicha empresa. También se suele ofrecer una herramienta informática que permite la gestión centralizada de todas las nóminas de las personas trabajadoras en el extranjero de la empresa que contrata con la empresa EOR, lo que permite un mejor control por parte de aquella de sus gastos de personal (se facilita, por ejemplo, la elaboración de los informes financieros, por cuanto los salarios brutos y netos se presentan en una misma divisa). Cabe, por otra parte, que esa gestión centralizada se limite a un solo país o a varios países³¹.

Cabe tener presente que las empresas EOR no solo contratan laboralmente a las personas que la empresa extranjera necesita, sino que también contratan mercantilmente a las personas trabajadoras autónomas –*freelancers*– que requiere dicha empresa, y estas trabajan directamente para aquella. Su mercado, por tanto, abarca tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo autónomo, definidos ambos en los términos propios del país de que se trate. Respecto del trabajo autónomo, este sistema facilita a las empresas contar con las personas profesionales que necesita en cualquier país –que pueden ser pocas por país, por ejemplo– con la mayor comodidad y rapidez posibles. En el campo del trabajo autónomo, las empresas EOR compiten con las denominadas «empresas paraguas», que también ofrecen *freelancers* de calidad, se encargan del contrato y de la tramitación de los pagos (aunque parece ser que ofrecen menos garantías y servicios a la empresa extranjera que las empresas EOR).

En segundo lugar, estas empresas EOR también se caracterizan por no contar normalmente con representación del personal, por el hecho de que una parte importante de su plantilla son personas teletrabajadoras a tiempo completo y sin contacto con otras personas trabajadoras de la empresa en el mismo país, lo que hace también más difícil su control por parte de la Administración y las organizaciones sindicales.

³¹ A modo de ejemplo, es el caso de Safeguard Global y su programa «Global Managed Payroll (GMP)», que permite incluso solicitar vacaciones o fichar a través del dispositivo personal de cada persona empleada.

En tercer lugar, como era previsible, el origen de este tipo de empresas se encuentra en EE. UU., donde están extendidas y son perfectamente legales; pudiéndose diferenciar, por otra parte, entre las empresas EOR y las empresas PEO (*professional employer organization* o *professional employment outsourcing* u organización de empleadores profesionales). Las empresas PEO³² se basan en la fórmula del coempleo, donde estas se encargan de la administración de los recursos humanos y las nóminas y la empresa coempleadora gestiona al personal. En este sistema de coempleo, ambas empresas deben estar registradas como empresas en el país donde se encuentran las personas trabajadoras, compartiendo también la responsabilidad legal sobre las mismas (de hecho, el empleador legal no es la empresa PEO, sino la otra empresa). La empresa PEO gestiona las nóminas, los asuntos legales y el contrato, y ofrece recomendaciones a la otra empresa para evitar problemas, pero la decisión final es de aquella. Este tipo de empresa no trabaja con empresas que cuenten con menos de 5 o 10 personas trabajadoras, a diferencia de las empresas EOR, que no exigen un número mínimo de personal, ya que cobran por cada persona trabajadora individualmente considerada (Rangel, 2022). En cambio, como hemos visto, en el caso de las empresas EOR, las empresas cliente recurren precisamente a estas para no tener que constituir una filial o sucursal en ese país y no asumen tampoco ningún tipo de responsabilidad frente a las personas trabajadoras.

Cabe señalar que, en determinadas regiones (por ejemplo, Latinoamérica), se confunden (o entremezclan) ambas figuras, utilizándose el término PEO como si fuera una empresa EOR, o bien se habla de que las empresas PEO ofrecen servicios EOR. En todo caso, como vimos antes, la diferencia entre ambos tipos de empresas es que las empresas PEO parten de la idea de que la empresa extranjera cuenta con una entidad en ese país –normalmente una filial o sucursal–, en cambio, en el caso de las empresas EOR, esa entidad de la empresa extranjera no existe. En fin, igualmente cabe tener presente que algunas empresas PEO también ofrecen servicios EOR, pero solo para ciertos países.

En definitiva, las empresas EOR –también las PEO– son una figura consolidada en EE. UU., y están empezando a expandirse a otras regiones y países, y a actuar en España.

3.2. ¿Es legal la actuación de una empresa EOR en España?

Tal y como se define su actividad, está claro que la labor de una empresa EOR que actúa en España y tiene, en consecuencia, una sede, una filial o una sucursal en el país es, a petición de una empresa extranjera proveniente de cualquier lugar del mundo, contratar a una, varias o numerosas personas trabajadoras, pagarles las nóminas, gestionar todas las

³² A modo de ejemplo, es el caso de las empresas Paychex (www.paychex.com), ADP Totalsource (www.adp.com) o Trinet (www.trinet.com).

cuestiones laborales (permisos, vacaciones, bajas médicas y de otro tipo...) y de Seguridad Social, y aquellas ejercen la actividad de que se trate –que puede ser en remoto o presencialmente– bajo las órdenes y el control de la empresa extranjera. La empresa extranjera paga una cantidad fija o variable por cada una de las personas trabajadoras a la empresa EOR. Por tanto, la empresa EOR contrata a las personas trabajadoras y las cede a la empresa extranjera, ahorrándose esta las obligaciones y responsabilidades correspondientes.

En una primera aproximación surgen dos problemas evidentes y acumulativos: 1.º la empresa EOR –que, como decíamos, tiene una sede, filial o sucursal en España– está actuando en la práctica como una ETT sin estar autorizada para ello, y 2.º su papel se limita únicamente a la contratación del personal, y la gestión y el control de su actividad recae directamente sobre la empresa extranjera, lo que lleva a calificar la situación, sin mayores dudas, como una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET. Precisamente, dentro de los supuestos identificados expresamente en el artículo 43.2 del ET como una cesión ilegal (Mercader Uguina, 2006, pp. 166-167) se menciona el supuesto en que el objeto del contrato de servicios entre las empresas implicadas se limita a una mera puesta a disposición de las personas trabajadoras de la empresa cedente a la empresa cesionaria, así como el supuesto en que no se ejercen las funciones inherentes a la condición de empresario (Cuenca Alarcón, 2007, pp. 64 y ss.; Olmo Gascón, 2015, pp. 17 y ss.); ambas circunstancias se dan en el caso que nos ocupa. Los dos problemas expuestos llevan a la misma conclusión: la utilización de una empresa EOR asentada en España por una empresa extranjera para poder disponer de personas trabajadoras y desarrollar su actividad empresarial –cualquiera que sea– en nuestro país constituye una cesión ilegal de personas trabajadoras, con todas las consecuencias que ello comporta.

A estos efectos, cabe recordar que, entre otras, la STS de 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/2005) ha señalado que «es indudable que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT». A lo que cabe añadir que, según los tribunales, para que se dé la cesión ilegal se requiere que se haya producido la efectiva cesión de la persona trabajadora, cualquiera que sea el título utilizado, en su caso, para enmascarar la cesión ilegal, especialmente el recurso a las contrata y subcontratas; y que la empresa cesionaria no haya incorporado a la persona trabajadora cedida a su plantilla (Falguera Baró, 2022, p. 1.089).

Y también cabe tener presente que, de la nutrida jurisprudencia existente en torno a la figura de la cesión ilegal, cuyo objetivo ha sido diferenciarla de la lícita contrata de obras o servicios regulada en el artículo 42 del ET (Falguera Baró, 2022, pp. 1.088-1.089), se deriva que la frontera en una y otra pasa por el propio objeto del arrendamiento de la obra o servicio; de este modo, si lo que ocurre en realidad es que la empresa contratista se limita sustancialmente a aportar mano de obra, sin el elemento añadido de organización, infraestructura, medios materiales, etc., estamos ante una cesión ilegal. A lo que hay que añadir otro elemento característico, como es la determinación de quién actúa en la práctica como auténtico empresario. En este último punto, cabe añadir que, tal y como señalan los tribunales, si es

la empresa principal –la empresa extranjera en nuestro caso– la que ejerce el poder de dirección, es un indicio muy significativo –un indicio «fuerte»– de la existencia de una cesión ilegal³³. Y tampoco cabe olvidar que existe cesión ilegal, aunque la empresa contratista cuente con una organización e infraestructuras propias.

Y, a mayor abundamiento, cabe tener presentes otros dos elementos, también fijados por los tribunales desde hace años:

1.º Constituye un indicio fuerte de la concurrencia de cesión ilegal de personas trabajadoras el hecho de que se paguen los servicios de la empresa contratista en función del número de personas cedidas³⁴ (como hemos visto, una característica de las empresas EOR es precisamente cobrar por cada persona trabajadora empleada).

2.º Hay que valorar si hay aportación o no de materiales, herramientas o instrumentos de trabajo por parte de la empresa contratista³⁵ (cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, ya que se establece una relación directa entre la empresa extranjera y la persona trabajadora).

Ahora bien, al tratarse de una cesión ilegal de personas trabajadoras, ¿cuáles serán las consecuencias?

En primer lugar, y siguiendo lo señalado al tratar de las ETT, desde la perspectiva administrativa, tanto la empresa extranjera como la empresa EOR incurren en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 8.2 de la LISOS, lo que puede llevar a la imposición de una sanción, según las circunstancias concurrentes³⁶, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio, de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros. La empresa extranjera –que tal vez habrá confiado precisamente en que la empresa EOR conoce cuál es la normativa aplicable en España en estas cuestiones– podría reclamar a dicha empresa el pago de los daños y perjuicios causados.

En segundo lugar, y como también vimos al abordar el caso de las ETT, el artículo 43.3 del ET prevé que ambas empresas responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con las personas trabajadoras cedidas (o sus familiares, en su caso) y con la Seguridad Social. Por tanto, en los términos vistos páginas atrás, del pago de cualquier deuda salarial,

³³ En relación con esta cuestión, entre otras, SSTs de 20 y 21 de octubre de 2014 (recs. 3291/2013 y 1692/2013), de 26 de octubre de 2016 (rec. 2913/2014), de 10 de enero de 2017 (rec. 1670/2014), de 25 de noviembre de 2019 (rec. 81/2018), de 17 de diciembre de 2019 (rec. 2766/2017) y de 6 de mayo de 2020 (rec. 2414/2017).

³⁴ STS de 14 de marzo de 2006 (rec. 66/2005).

³⁵ Entre otras, SSTs de 19 de junio de 2012 (rec. 2200/2011), de 20 de octubre de 2014 (rec. 3291/2013) y de 2 de noviembre de 2016 (rec. 2779/2014).

³⁶ Artículos 39 y 40.1 c) de la LISOS.

indemnizatoria, mejoras voluntarias, cotizaciones, recargos de prestaciones o de pago de prestaciones responderían solidariamente ambas empresas. Nuevamente, en su caso, la empresa extranjera podrá reclamar la correspondiente indemnización a la empresa EOR.

No lo comentamos al tratar de las ETT, pero, obviamente, también les es aplicable. No son válidos frente a terceros los pactos que, en su caso, se hubieran establecido con la finalidad de eximir de responsabilidad a las empresas en caso de incumplimientos laborales o de Seguridad Social. Estamos, como ya comentamos, ante una responsabilidad *ex lege*, cuya finalidad esencial es la protección de los derechos de las personas trabajadoras implicadas en la cesión ilegal.

Y, junto a ello, como vimos, el artículo 43.4 del ET establece que las personas trabajadoras cedidas ilegalmente tienen derecho a adquirir la condición de fijas, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Y los derechos y obligaciones en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a una persona trabajadora que presta servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Teniendo en cuenta lo señalado páginas atrás, esta reclamación solo puede plantearse mientras está vigente la cesión ilegal, y la persona trabajadora podría optar por adquirir la condición de indefinida en una de las dos empresas implicadas, la empresa EOR o la empresa extranjera. Nuevamente, la peculiaridad aquí se concreta en que la empresa extranjera no cuenta con sede, ni filial ni sucursal en España.

También es posible la aplicación en este supuesto de lo previsto en los artículos 311.1.º y 312.1 del CP en los términos ya vistos, sumándose además la particularidad de que una de las empresas implicadas es extranjera, aunque, como vimos, ello no es obstáculo para la aplicación de la ley penal española.

Finalmente, cabe tener en cuenta que es posible que la empresa extranjera desconozca que la cesión de personas trabajadoras realizada por la empresa EOR resulta ilegal en España y trae consigo las consecuencias ya referidas. Y, en consecuencia, tal y como hemos apuntado, aquella podrá ejercer frente a la empresa EOR las acciones judiciales que entienda oportunas.

4. Conclusiones

Hace ya años que somos conscientes de que la descentralización productiva constituye una realidad en la economía, ya sea a nivel local, estatal o, incluso, internacional, y, en el caso concreto de España, también parece haberse asumido que no es necesario o relevante que la normativa aplicable esté a la altura de los retos, de todo tipo, que dicha realidad plantea. Cabe recordar aquí simplemente las insuficiencias que persisten, a pesar de las reformas, en los artículos 42 y 43 del ET, la cara y la cruz de lo legal o ilegal en este ámbito; aunque sus fronteras o límites no siempre estén claros y la labor constante de la jurisprudencia haya sido clave.

En todo caso, también es cierto que la realidad o las necesidades empresariales en la cuestión que nos ocupa (y en otras) van siempre por delante de las normas. Es por ello por lo que empresas extranjeras que requieren personal para desarrollar sus actividades en España y, por motivos más o menos entendibles (o defendibles), no quieren, al menos de momento, crear una filial o sucursal en España, por todo lo que ello supone, quieran poder acudir a fórmulas flexibles, como las que les ofrecen las ETT o las empresas EOR.

En el primer caso, como hemos visto, es fácil constatar para la ETT que, si la empresa extranjera no tiene personal propio en España, no puede contratar con ella, ya que le estará cediendo personal precisamente para desarrollar su actividad permanente en España, lo que no admite la LETT, ni lo ha hecho en el pasado, ni tampoco lo hará en el futuro. Se trata, pues, de una cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET, con todas las consecuencias que ello comporta para ambas empresas.

Y, en el segundo caso, como ha ocurrido en otras cuestiones, se ha pretendido implantar en España un modelo de descentralización productiva que, si bien es admitido en otros países, en el nuestro choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 43 del ET. Una empresa extranjera no puede recurrir a una empresa EOR, aunque esta esté ubicada en España, para que le ceda personal para poder desarrollar su actividad empresarial en territorio español. De hecho, la empresa EOR actúa en la práctica como una ETT sin autorización y, además, se limita a contratar personal para cederlo a otra empresa, en la línea de lo previsto expresamente en el artículo 43.2 del ET. También resulta preocupante que las empresas EOR –en su información accesible a las empresas clientes– admitan como posible algo que en España está expresamente prohibido, con las consecuencias que ello supondrá, como hemos visto, para la empresa extranjera que, precisamente, contrata con ellas, entre otros motivos, para estar tranquila respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social en los países donde actúa. Y también parece intervenir la idea –ciertamente interesante– de que las herramientas que suelen utilizar este tipo de empresas –plataformas digitales– son muy útiles en la gestión de los recursos humanos, particularmente desde una perspectiva global. Pero esta innovación tecnológica y la intermediación de una tercera empresa en la gestión de los recursos humanos no pueden llevar a olvidar que siempre deben cumplirse las normas internas laborales.

No extraña, por tanto, que ya se haya producido la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española en relación tanto con la labor de las ETT como de las empresas EOR en nuestro país.

Se ha abierto, pues, un nuevo campo de actuación en el marco de la cesión ilegal de personas trabajadoras del artículo 43 del ET que alcanza ahora –y desde hace pocos años– una nueva dimensión «internacional» en la aplicación de dicho precepto. También sería relevante que los asesores e intermediarios que ayudan a empresas extranjeras a instalar su actividad empresarial en España sean conocedores y respetuosos de los condicionantes que sigue imponiendo el mencionado precepto, a pesar de sus limitaciones.

Referencias bibliográficas

- Altés Tárrega, J. A. y García Testal, E. (2010). La cesión ilegal en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. En A. A. Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral* (pp. 287-307). Tirant lo Blanch.
- Asenjo Pinilla, J. L. (2018). Cesión ilegal y acción. *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 188, 29-34.
- Ceinos Suárez, A. (2019). La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 143, 131-164.
- Cuenca Alarcón, M. (2007). El impacto laboral de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25(2), 55-75.
- Falguera Baró, M. A. (2022). Artículo 43. En S. del Rey Guanter (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (pp. 1079-2010). La Ley.
- Juárez Pérez, P. (2019). El conflicto de Ryanair: una lectura desde el derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 372-407. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4625>
- Mercader Uguina, J. R. (2006). La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida. En J. Cruz Villalón (Coord.), *La reforma laboral de 2006* (pp. 155-178). Lex Nova.
- Olmo Gascón, A. M. (2015). *El reclutamiento y la cesión ilegal de trabajadores tras la alteración del sistema de intermediación laboral*. Bomarzo.
- Rangel, V. (26 de diciembre de 2022). *EOR vs. PEO. Identifique el servicio de outsourcing de recursos humanos más adecuado para su empresa*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/eor-vs-peo-identifique-el-servicio-de-outsourcing-más-valentina/?originalSubdomain=es>.
- Valverde Asencio, A. J. (2007). La consideración del contrato de puesta a disposición irregular como supuesto de cesión ilegal de trabajadores: la unificación de doctrina al respecto. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 88, 187-209. <https://hdl.handle.net/11441/91041>

Carolina Gala Durán. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona. Autora de numerosas publicaciones de diverso tipo. Sus líneas de investigación actuales se centran en el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales, la sucesión de empresa y la Seguridad Social. <https://orcid.org/0000-0002-0074-8321>