

ALERTA LABORAL



La protección a la madre trabajadora en tiempos de pandemia



Estimados:

Mediante la presente, EBS Abogados les comunica que ha desarrollado los aspectos primordiales en lo referente a la protección que el ordenamiento legal peruano otorga a las mujeres trabajadoras que se encuentren en estado de gestación o en periodo de lactancia.

Debido a al Estado de Emergencia Sanitaria a causa de la Covid-19, se ha buscado proteger a la madre trabajadora evitando poner en riesgo su salud. Por ello, además de la legislación existente, se han incorporado nuevas medidas. En el presente documento, se podrá apreciar una síntesis sobre la legislación que rige sobre esta materia.

1. Protección constitucional

La madre, el concebido y el recién nacido cuentan con especial protección por parte de la constitución, que en numeral 1 de su artículo 2° señala que el concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorezca y, en su artículo 23° reza que el Estado protege a la madre trabajadora.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico garantiza el permiso de lactancia y el descanso por natalidad, tal como lo ha desarrollado nuestra legislación, sobre la cual desarrollaremos más adelante.

2. Convenio N° 183 de la OIT

El Perú ratificó el Convenio N° 183 de la Organización Internacional del Trabajo, entrando en vigor desde el 9 de mayo de 2016, incorporándose a nuestro sistema jurídico conforme a lo prescrito en el artículo 55° de la Constitución, que señala que los tratados firmados por el Estado forman parte del derecho nacional.

Este dispositivo legal internacional obliga a los Estados parte a que otorguen tanto una licencia por maternidad y permiso por lactancia. También se prohíbe despedir a una trabajadora por causas relacionadas al embarazo, teniendo el empleador la carga de la prueba respecto de que el despido fue por motivos ajenos a este.



3. Normativa general en materia de protección a la madre trabajadora

Nuestro sistema legal ha desarrollado la protección constitucional otorgada a la madre trabajadora en diversos dispositivos normativos. A continuación, se muestran los principales, junto con sus principales directivas, en materia de protección a las mujeres en relación con su estado de gestación o lactancia en el ámbito laboral.

- **Ley N° 30367:**
 - Otorga 98 días de descanso pre y postnatal.
 - Modificó el inciso e) del artículo 29 del texto único ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, indicando que en el supuesto de que una mujer que se encuentre en etapa de embarazo, nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si esta es despedida en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento, se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.
- **Leyes N° 27240 y N° 28731:**
 - Garantizan el permiso de una hora de lactancia para la madre trabajadora, hasta que su hijo cumpla 1 año.
- **Decreto Supremo N° 002-2018-TR:**
 - Se establece que el embarazo, la maternidad y la lactancia no puede ser un criterio a considerar como diferenciador de remuneraciones. Caso contrario, se considerará este accionar como discriminatorio.
 - Se incorpora 4-A al Decreto Supremo N° 002-98-TR, por el cual el potencial empleador no puede solicitar a las candidatas a un puesto de trabajo la realización de una prueba de embarazo. En el caso de que el puesto de trabajo pueda suponer un riesgo para las gestantes o el feto, el potencial empleador debe poner en conocimiento de las candidatas dichos riesgos a efectos que las mismas determinen si estiman pertinente efectuarse una prueba de embarazo, cuyo costo será asumido por el potencial empleador
- **Decreto Supremo N° 009-2004-TR:**
 - Se procede a reglamentar la Ley N° 28048, estableciendo las situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante o el desarrollo normal del embrión y el feto
 - Se detallan las obligaciones del empleador para estos casos, que incluye el traslado de la trabajadora a un puesto más seguro en favor de la misma trabajadora y del embrión o la reasignación de funciones.

4. Normativa en materia de protección a la madre trabajadora a partir de la Covid-19

En vista de la propagación de la Covid-19, el Congreso de la República promulgó la Ley N° 31051, la cual modificó el único artículo de la Ley N° 28048, ampliando las medidas de protección para la trabajadora en estado de gestación o en periodo de lactancia. A continuación, se aprecian los principales alcances:

- Las mujeres gestantes pueden solicitar a su empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, todo debidamente certificado por el médico tratante.
- El empleador deberá asignar a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud o desarrollo normal del embrión y el feto, sin afectar los derechos laborales de la madre trabajadora.
- Se identifica a las trabajadoras mujeres gestantes y madres lactantes cuya integridad o la de su menor hijo son consideradas como grupo de riesgo. Por tanto, se debe aplicar de forma obligatoria el trabajo remoto.
- Cuando no sea factible optar por el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria, el empleador asigna a las mujeres gestantes y madres lactantes labores compatibles con las funciones que originalmente realizaban, o en su defecto otorga preferentemente licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

5. Protección en las elecciones generales

Si bien no es un supuesto de protección en el marco del Derecho Laboral, debido a que nos encontramos próximos a celebrar elecciones generales, es pertinente recordar que, para las elecciones generales del 2021, la OPNE emitió la RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 000022-2021-JN/ONPE, mediante la cual agrega como excusa para el cargo de miembro de mesa, el estado de embarazo o lactancia, además de las causales ya previstas.

Para solicitar dicha excusa, en el caso de la madre en estado de lactancia, se deberá presentar la partida de nacimiento o certificado de nacido vivo o DNI del menor lactante, cuya edad debe ser menor o igual a 2 años previos a la fecha de elección. Por otra parte, en el caso del estado de gestación, bastará con que la futura madre presente el respectivo certificado médico que acredite su condición.

En caso necesiten información adicional sobre el particular, pueden contactarse con David Bravo Sheen (dbravosh@ebsabogados.com), Luis Valderrama Valderrama (lvalderrama@ebsabogados.com), Sofía Urbina Llacsá (surbina@ebsabogados.com) o Alejandro Pedemonte Díaz (apedemonte@ebsabogados.com).