



"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

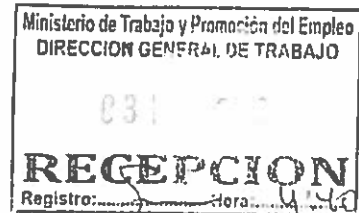
**INFORME N° 146 -2016-MTPE/2/14.1**

**Para:** Juan Carlos Gutiérrez Azabache  
Director General de Trabajo

**De:** Víctor Renato Sarzo Tamayo  
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

**Fecha:** 03 de noviembre de 2016

**Referencia:** H.R. N° 88176-2016-EXT



Tengo el agrado de dirigirme a usted para alcanzar a su Despacho el presente Informe.

**1. ASUNTO**

Opinión técnica con relación al proyecto de "Ley que fortalece la protección de la maternidad y modifica diversos artículos vinculados a la licencia y protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras".

**2. BASE LEGAL**

- Constitución Política del Perú.
- Convenio N° 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad.
- Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre – natal y post-natal de la trabajadora gestante.
- Ley N° 27409, Ley que otorga la licencia laboral por adopción.
- Ley N° 27240, Ley que otorga el derecho al permiso de una hora diaria de lactancia.
- Reglamento de la Ley N° 26644, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2011-TR.
- Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-TR.

**3. ANTECEDENTES**

Mediante el Oficio N° 219-2016-MIMP/DVMP, el Viceministro de Poblaciones Vulnerables del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables remite el proyecto de "Ley que fortalece la protección de la maternidad y modifica diversos artículos vinculados a la licencia y protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras" (en adelante, el Proyecto de Ley), a efectos de emitir la opinión técnica correspondiente.

En atención a lo expuesto, cumplimos con desarrollar nuestras consideraciones sobre el Proyecto de Ley.

**4. ANÁLISIS**



PERÚ

Ministerio  
de Trabajo  
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

- 4.1. El artículo 1 del Proyecto de Ley detalla que el objeto de la norma es "fortalecer la legislación vigente que protege la maternidad de las mujeres trabajadoras, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente". Al respecto, consideramos que el objeto del Proyecto de Ley es adecuado, pues es deber del Estado Peruano proteger la maternidad en el ámbito laboral. Sin embargo, sugerimos retirar de dicho artículo la mención a las formas atípicas de trabajo dependiente, pues la referencia a mujeres trabajadoras engloba a toda mujer que trabaja subordinadamente. Así, sugerimos que la redacción del artículo 1 sea la siguiente: "El objeto de la presente Ley es asegurar el bienestar de la trabajadora y sus hijos compatibilizando la maternidad con el derecho al trabajo".
- 4.2. Si el objetivo del Proyecto de Ley es fortalecer la protección de la maternidad de la trabajadora, consideramos relevante integrar en un solo cuerpo normativo las disposiciones comunes y esenciales sobre dicha materia, reservando la regulación de las particularidades a las leyes específicas.

Al respecto, notamos que el Proyecto de Ley regula de manera diferenciada el despido nulo por maternidad, tanto en su artículo 2 como en su artículo 3. Si bien ello puede obedecer a que mediante dichas disposiciones se pretende la modificación de normas distintas, repárese que dicho despido nulo es una materia común que debiera tener una regulación uniforme a favor de toda mujer trabajadora, independientemente del régimen laboral público o privado, general o especial, al que pertenezca. En ese sentido, a fin de evitar las inconsistencias derivadas de una regulación diferenciada, sugerimos que el Proyecto de Ley regule en un solo artículo el despido nulo por motivos relacionados a la maternidad.

Asimismo, la regulación que el Proyecto de Ley plantee sobre el despido nulo por motivos relacionados a la maternidad debe ser acorde al Convenio N° 183 de la OIT, que aborda dicha materia y entrará en vigor para el Estado Peruano el 09 de mayo de 2017. El artículo 8 de dicho convenio señala lo siguiente:

"Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5 [licencia por maternidad y licencia en caso de enfermedad o complicaciones por el embarazo o parto], o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador".

En esa línea, consideramos necesario que, al momento de regular el despido nulo por motivos relacionados a la maternidad, el Proyecto de Ley considere la protección de los siguientes periodos de tiempo: (i) licencia por maternidad, (ii) licencia en caso de enfermedad o complicaciones por el embarazo o parto y (iii) de un tiempo posterior a la



PERÚ

Ministerio  
de Trabajo  
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

reincorporación de la trabajadora, atendiendo a que en estos períodos el Convenio N° 183 de la OIT prohíbe el despido.<sup>1</sup>

Con relación al tiempo posterior a la reincorporación de la trabajadora consideramos que éste debe coincidir con el permiso por lactancia, esto es, hasta el primer año de nacimiento del hijo.

Igualmente, en observancia al Convenio Internacional antes indicado, el artículo 2 del Proyecto de Ley debería considerar que la carga de la prueba sobre la justificación del despido, esto es, que no se encuentra vinculado con la maternidad, corresponde al empleador.

Atendiendo a las pautas antes expuestas, sugerimos que el Proyecto de Ley, incorpore el siguiente artículo:

***"Artículo XX.- Nulidad de despido por motivos vinculados a la maternidad"***

*Es nulo el despido de la trabajadora del sector público o privado si se efectúa durante el período de gestación, o descanso prenatal o postnatal, o en el tiempo de incapacidad temporal en caso de enfermedad o complicaciones por el embarazo o parto, o mientras dure el permiso por lactancia; si tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.*

*La nulidad del despido es aplicable siempre que el empleador hubiese tomado conocimiento de las condiciones previstas en el párrafo anterior y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.*

*La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia corresponderá al empleador".*

Esta regulación sería una disposición propia del Proyecto de Ley, por lo cual se sugiere además incorporar una disposición que trate sobre la derogación expresa de cualquier otra regulación general o sectorial referida al despido nulo por motivos relacionados a la maternidad.

Cabe resaltar que la propuesta normativa antes indicada recoge la regulación sugerida por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en los artículos 2 y 3 del Proyecto de Ley, excepto en lo referido a la comunicación notarial del embarazo, ya que dicha situación se encontraría recogida en las distintas formas que el Proyecto de Ley admite para que el empleador tome conocimiento del embarazo.

<sup>1</sup> En nuestro ordenamiento jurídico la licencia por maternidad se traduce en el descanso pre y post natal regulado en la Ley N° 26644. Mientras que la licencia en caso de enfermedad o complicaciones por el embarazo o parto puede implicar una licencia por incapacidad temporal.



PERÚ

Ministerio  
de Trabajo  
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

- 4.3. Mediante el artículo 4, el Proyecto de Ley "extiende" a favor del personal femenino de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional regulaciones comunes de la Ley N° 26644 que se aplican desde ya a favor de toda madre que trabaja, como son, por ejemplo, los 98 días de licencia por maternidad y los 30 días de licencia adicionales por nacimiento de niño con discapacidad. Estos derechos se aplican a toda madre que trabaja porque el reglamento de la Ley N° 26644 precisa que el ámbito de aplicación de esta norma incluye a los sectores público y privado.<sup>2</sup>

Entonces, una regulación "especial" como la sugerida por el Proyecto de Ley, que "reconozca" los derechos antes indicados a favor de las militares y policías no resulta necesaria. Al contrario, podría llevar a entender indebidamente que actualmente dichas mujeres no gozan de aquellos derechos, lo cual no es admisible. Por lo tanto, sugerimos suprimir el artículo 4 del Proyecto de Ley.

- 4.4. De otro lado, observamos que el artículo 5 del Proyecto de Ley plantea modificar los artículos 1 y 4 de la Ley N° 27409, Ley que otorga la Licencia Laboral por Adopción. La modificación del artículo 1 de la Ley N° 27409 tiene por objeto ampliar a 49 días la licencia por adopción, actualmente de 30 días. Por su parte, la modificación del artículo 4 de la Ley N° 27409 tiene como fin que la licencia por adopción pueda ser utilizada por cualquiera de los cónyuges, y no únicamente por la mujer.

Con relación a la modificación del artículo 1 de la Ley N° 27409, advertimos que el plazo de licencia propuesto por el Proyecto de Ley es equivalente a la duración actual del descanso pre natal o del descanso post natal; sin embargo, entendemos que en la adopción no acontecen las razones que justifican el otorgamiento de 49 días en aquellos otros descansos. Así, en el descanso pre natal, la cantidad de días es justificable debido al estado de gestación. Mientras que, la duración del descanso post natal obedece a la necesidad de cuidado del recién nacido y a la recuperación de la madre por el parto.

En todo caso, si se trata de optimizar el derecho a la igualdad en el presente caso, sugerimos que se desarrolle una justificación adecuada de este trato equiparador, desde la óptica de la necesidad de cuidado del recién nacido o menor de edad, así como de la integración de dicha persona al nuevo entorno familiar.

Respecto a la modificación del artículo 4 de la Ley N° 27409, estamos de acuerdo con ella porque promueve la corresponsabilidad entre los padres, es decir el reparto de tareas. En relación con ello, sugerimos que a nivel reglamentario se prevean mecanismos que eviten el otorgamiento de la licencia a ambos padres, como sería el caso de cónyuges adoptantes que trabajan para distintos empleadores.

- 4.5. El artículo 7 del Proyecto de Ley modifica el artículo 1 de la Ley N° 27240, que otorga permiso de una hora diaria por lactancia. Esta modificación amplía el permiso hasta

<sup>2</sup> En efecto, el reglamento de la Ley N° 26644, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2011-TR, señala en su artículo 1 que "la presente norma tiene por objeto reglamentar la Ley N° 26644 (...), para su aplicación en los sectores público y privado".



*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

que el lactante cumpla los dos años de edad; actualmente, el permiso se otorga hasta el cumplimiento del primer año.

Al respecto, consideramos que el plazo de permiso de lactancia (2 años) debiera compatibilizarse con el tiempo durante el cual la leche materna, como único alimento para el lactante, conserva su valor nutricional. En el Proyecto de Ley no se observa un desarrollo sobre esta relación de causalidad.

Sin perjuicio de lo señalado, el Proyecto de Ley también debiera prever la posibilidad de que el periodo de lactancia pueda ampliarse por razones médicas.

Asimismo, consideramos que podría aprovecharse el Proyecto de Ley para definir de forma clara la forma en que se decide el horario de la lactancia, así como su fraccionamiento. Es decir, si dicha determinación corresponde al empleador, a la trabajadora o si se requiere un acuerdo o si alguna de las partes decide en defecto de éste.

4.6. La primera disposición complementaria final del Proyecto de Ley establece que "los derechos obtenidos por las trabajadoras sobre esta materia, antes de la vigencia de la presente Ley, se mantienen en cuanto le sean más favorables". Al respecto, consideramos que dicha disposición no resulta compatible con la teoría de los hechos cumplidos en materia laboral. En todo caso, al tratarse las normas laborales, por lo general, de normas mínimas, siempre existe la posibilidad de establecer mejoras por decisión unilateral del empleador o acuerdo de partes. Atendiendo a lo señalado, sugerimos la supresión de aquella disposición complementaria.

4.7. De otro lado, advertimos que los artículos 6 y 8 del Proyecto de Ley regulan temas vinculados a condiciones de seguridad y salud de las madres trabajadoras. Siendo ello así, corresponde a la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emitir opinión especializada en esta materia.

4.8. Finalmente, la segunda disposición complementaria final dispone la adecuación de dos normas reglamentarias: el Decreto Supremo N° 001-2005-DE-SG y el Decreto Supremo N° 005-2012-TR. Sobre el particular, sugerimos que esta disposición complementaria se redacte en términos generales, a fin de abarcar todas las normas infralegales que debieran ser modificadas.

## 5. CONCLUSIONES

A criterio de la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo, el Proyecto de Ley promovido por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables debiera atender lo siguiente:

- i) En el objeto del proyecto: evitar la expresión "formas atípicas de trabajo dependiente".
- ii) En materia de despido nulo: uniformizar el tratamiento jurídico del despido nulo por motivos relacionados a la maternidad, observando las pautas brindadas por el Convenio N° 183 de la OIT.





PERÚ

Ministerio  
de Trabajo  
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

- iii) En relación al personal militar y policial: no regular nuevamente derechos ya aplicables al personal femenino de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.
- iv) Respecto a la adopción: justificar adecuadamente en la exposición de motivos la ampliación de la licencia por adopción, de 30 a 49 días.
- v) En materia de lactancia: justificar que la leche materna, como único alimento del lactante, conserva su valor nutricional hasta los dos años de edad del hijo; prever la posibilidad de que el período de lactancia pueda ampliarse por razones médicas; y regular de forma clara el goce del permiso.
- vi) Suprimir la primera disposición complementaria final del Proyecto de Ley.
- vii) Disponer de forma general la emisión de normas reglamentarias para la regulación contenida en el Proyecto de Ley.

Atentamente,

RENATO SARZO TAMAYO  
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)  
Dirección General de Trabajo