

DERECHOS LABORALES DE LAS TRABAJADORAS EN ETAPA DE GESTACIÓN Y LACTANCIA EN EL SECTOR PRIVADO

A) DERECHOS RELACIONADOS A LA GESTACION

De acuerdo con la Ley N° 26644: arts. 1 y 2 y el Decreto Supremo N° 001-2015-TR: art. 2, toda trabajadora gestante tiene derecho a gozar de 98 días naturales de descanso, distribuidos en un período de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal, los cuales pueden ser acumulados a decisión de la gestante.

REQUISITOS

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 001-2015-TR: art. 4, la trabajadora gestante deberá presentar a su empleador alguno de los siguientes documentos:

- Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por maternidad, expedido por Essalud.
- Certificado médico particular en el que conste la fecha probable del parto.

NACIMIENTOS MÚLTIPLES O NIÑOS CON DISCAPACIDAD

De acuerdo con la Ley N° 26644: art. 1. Decreto Supremo N° 001-2015-TR: art. 3, en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad, el descanso postnatal se extenderá por 30 días naturales adicionales.

APLAZAMIENTO DEL DESCANSO PRE NATAL

De acuerdo con la Ley N° 26644: arts. 1 y 2. - Decreto Supremo N° 001-2015-TR: art. 5, la trabajadora gestante puede optar por postergar en todo o en parte el goce del descanso prenatal, en cuyo caso el número de días postergados se acumulará al período de descanso postnatal.

Para dicho efecto, deberá comunicar por escrito su decisión al empleador hasta 2 meses antes de la fecha probable del parto, adjuntando el informe médico que certifique que dicha decisión no afectará su salud o la del concebido.

Esta decisión no requiere aceptación ni aprobación del empleador.

DESCANSO VACACIONAL INMEDIATO

De acuerdo con la Ley N° 26644: art. 4. Decreto Supremo N° 001-2015-TR: art. 8, la madre trabajadora tiene derecho a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal.

Tal voluntad la deberá comunicar al empleador con una anticipación no menor de 15 días calendario al inicio del goce vacacional.

Esta decisión no requiere aceptación ni aprobación del empleador.

SUBSIDIO POR MATERNIDAD

De acuerdo con la Ley N° 26790: arts. 10 y 12, inc. b.1 Ley N° 31469: art. Único. Decreto Supremo N° 009-97-SA: art. 16, es el importe económico que percibirá la trabajadora durante el descanso por maternidad, teniendo derecho a esta prestación de forma inmediata desde su afiliación a EsSalud.

CALCULO

De acuerdo con la Ley N° 26790: art. 12, inc. b.1 Decreto Supremo N° 009-97-SA: art. 16, El monto del subsidio por maternidad equivale al promedio diario de las remuneraciones de los 12 últimos meses anteriores al inicio de la prestación multiplicado por el número de días de goce de la prestación. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función al tiempo de aportación.

PERIODO DE SUBSIDIO

De acuerdo con la Ley N° 26790: art. 12, inc. b.1 Decreto Supremo N° 009-97-SA: art. 16, El subsidio por maternidad se otorga por 98 días, pudiendo éstos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, con la condición de que durante esos períodos no realice trabajo remunerado.

El subsidio por maternidad se extenderá por 30 días adicionales en casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad.

B) DERECHOS RELACIONADOS CON LA LACTANCIA

SUBSIDIO POR LACTANCIA

De acuerdo con la Ley N° 26790: arts. 10 y 12, inc. b.1 y b.3. Decreto Supremo N° 009-97-SA: art. 17 Decreto Supremo N° 013-2019-TR: art. 3. Inc. 19 y Cuarta Disposición Complementaria Final, es el importe económico otorgado con el objeto de contribuir al cuidado del recién nacido, hijo de asegurado regular o de régimen especial o agrario, por un monto de S/. 820.00, por cada lactante.

En caso de nacimientos múltiples se otorgará un subsidio adicional por cada hijo.

RESPONSABLE DE TRAMITAR Y COBRAR EL SUBSIDIO POR LACTANCIA

De acuerdo con la Ley N° 26790: arts. 10 y 12, inc. b.1 y b.3. Decreto Supremo N° 013-2019-TR: art. 5, la madre (incluso si no fuera asegurada titular) y, en caso de fallecimiento de esta, el padre o tutor (quien tuviera a su cuidado al niño).

CONDICIONES PARA RECIBIR SUBSIDIO POR LACTANCIA

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 013-2019-TR: art. 6., se deberá cumplir con las siguientes condiciones para recibir el subsidio por lactancia:

- Contar con tener 3 meses de aportación consecutivos o 4 no consecutivos dentro de los 6 meses calendario anteriores al parto y tener vínculo laboral al momento del nacimiento.

- El lactante debe estar inscrito como derechohabiente del asegurado.
- Si el lactante ha fallecido, corresponde efectuar la inscripción póstuma.
- Si la madre del lactante no es asegurada titular, deberá estar inscrita en EsSalud.
- El asegurado agrario debe contar con 3 meses consecutivos de aportaciones o 4 no consecutivos en los últimos 12 meses, anteriores al mes en que se produjo el parto.

PLAZO PARA SOLICITAR SUBSIDIO

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 013-2019-TR: art. 3, inc. 21 y art. 19, inc.1. tiene como plazo máximo 6 meses contados a partir de la fecha del período máximo de postparto (este último, para el subsidio de Lactancia, corresponde a noventa y 8 (98) días posteriores al parto único y 128 días para partos múltiples).

PERMISO POR LACTANCIA MATERNA

De acuerdo con la Ley N° 27240: art. 1. Toda madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a 1 hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga 1 año. En caso sea parto múltiple, el permiso se incrementa en una hora adicional.

La hora diaria de permiso por lactancia se considera laborada e incluye el goce de la remuneración que corresponda. En ningún caso, será materia de descuento.

El permiso por lactancia materna no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

HORARIO

De acuerdo con la Ley N° 27240: art. 1 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el permiso por lactancia materna, dentro de la jornada laboral.

Esta hora puede ser fraccionada en dos tiempos iguales.

LACTARIO INSTITUCIONAL

De acuerdo con la Ley N° 29896: arts. 1 y 2. Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP: arts. 6 Los centros de trabajo donde laboren 20 o más mujeres en edad fértil (entre los 15 y 49 años) deben contar con un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, asegurando, además, su adecuada conservación.

Este espacio se denomina “Lactario” y su tiempo de uso no podrá ser inferior a 1 hora por día.

USO

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP: art. 4.1. Podrán hacer uso del lactario las trabajadoras con hijas e hijos hasta por lo menos los 24 meses de edad, en

periodo de lactancia, sea cual fuere su régimen laboral, incluyendo aquellas mujeres en periodo de lactancia sin vínculo laboral que prestan servicios en el centro de trabajo.

FRECUENCIA Y TIEMPO DE USO

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP: art. 21 El tiempo de uso del lactario durante el horario de trabajo no puede ser inferior a 1 hora diaria, tiempo que puede ser distribuido o fraccionado por la usuaria en dos periodos de 30 minutos o en tres periodos de 20 minutos, cada uno, en función a su necesidad de extraerse la leche materna, previa comunicación y coordinación con el/la empleador/a, el cual es tomado como tiempo efectivamente laborado para todos sus efectos.

En el caso que la usuaria del servicio necesite un tiempo mayor a 1 hora, este puede ser ampliado previo acuerdo con el empleador, considerando para ello el interés superior del niño/a y las circunstancias especiales de cada una de las madres.

CONDICIONES MINIMAS PARA LA IMPLEMENTACION DEL SERVICIO DE LACTARIOS

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP: art. 14 Los lactarios institucionales deben cumplir con las siguientes condiciones mínimas:

- **Área**, debe tener un área mínima de 7,50 m².
- **Privacidad**, uso exclusivo para la extracción y conservación de la leche materna durante el horario de trabajo, además debe contar en su interior con elementos que permitan brindar la privacidad necesaria entre las usuarias del servicio, tales como cortinas o persianas, biombos, separadores de ambientes, entre otros.
- **Comodidad**, adecuada ventilación e iluminación, y elementos mínimos tales como: 2 sillas y/o sillones unipersonales estables y con brazos, 2 mesas o repisas para los utensilios de las usuarias del servicio de lactario durante la extracción, dispensadores de papel toalla y de jabón líquido, depósitos con tapa para los desechos, entre otros elementos, que brinden bienestar y comodidad a las usuarias para la extracción y conservación de la leche materna.
- **Refrigeradora**, debe contar con una refrigeradora o un frigobar en óptimo estado de conservación y funcionamiento de uso exclusivo para conservar la leche materna; no debe utilizarse para almacenar alimentos u otros elementos ajenos a la finalidad del lactario institucional.
- **Accesibilidad**, el servicio de lactario debe implementarse teniendo en cuenta las condiciones mínimas de accesibilidad en edificaciones conforme a la normativa vigente, en un lugar de fácil y rápido acceso para las usuarias, de preferencia en el primer o segundo piso de la institución; en caso se disponga de ascensor, podrá ubicarse en pisos superiores.
- **Lavabo**, debe contar con un lavabo dentro del ambiente, para facilitar a las usuarias el lavado de manos e higiene durante el proceso de extracción y conservación de la leche materna, además contar con otros elementos necesarios para tal fin.

DIFERENCIA ENTRE PERMISO POR LACTANCIA MATERNA Y TIEMPO MÍNIMO PARA EL USO DEL LACTARIO

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP: art. 22 El derecho a 1 hora diaria de permiso por lactancia materna es independiente del tiempo del uso del lactario institucional durante el horario de trabajo; ambos derechos son irrenunciables e indisponibles.

C) DERECHOS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

PRESUNCIÓN DE DESPIDO NULO

De acuerdo con la Ley N° 31152: art. Único Decreto Supremo N° 003-97-TR: art. 29, inc. e. Si el despido de la trabajadora se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento, se presumirá que el despido tiene por causa el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Esta presunción quedará sin efecto sólo si el empleador acredita la existencia de causa justa para despedir a la trabajadora.

Esta presunción protege a todas las trabajadoras del régimen laboral de la actividad privada, incluso durante su período de prueba, así como también a las que prestan servicios bajo el régimen de tiempo parcial.

La presunción de despido nulo por motivo del embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

D) DERECHOS RELACIONADOS CON LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

CAMBIO DE LABORES

De acuerdo con la Ley N° 28048: art. 1. Decreto Supremo N° 009-2004-TR: arts. 1, 2, 3 y 4. Las trabajadoras gestantes que realicen labores que puedan poner en riesgo su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación tienen derecho a solicitar a su empleador que les asigne labores distintas a las habituales, incluso las que conllevan un cambio de puesto de trabajo, sin que ello afecte sus derechos laborales.

CARÁCTER TEMPORAL

De acuerdo con la Ley N° 28048: art. 1. Decreto Supremo N° 009-2004-TR: art. 3. El cambio de labores o puesto de trabajo será temporal y se mantendrá mientras dure la etapa de gestación y/o subsistan los riesgos. Sin embargo, por pacto individual o convenio colectivo se puede extender la medida hasta que concluya el período de lactancia, en atención a los riesgos que pueden afectar al recién nacido a través de la leche materna

CRITERIOS

Al momento de asignar labores que no pongan en riesgo la salud y/o el desarrollo normal del embrión y del feto, el empleador deberá tener en cuenta la siguiente prioridad, en función de las posibilidades técnicas y organizacionales dentro de su empresa:

- Cambiar la manera de realizar las mismas labores.
- Adaptar física o técnicamente las condiciones de trabajo.
- Controlar, limitar o eliminar los riesgos existentes.
- Cambiar el puesto de trabajo a uno con similar categoría ocupacional sin menoscabo de remuneración.
- Cambiar el puesto de trabajo a uno con diferente categoría ocupacional inferior, se mantiene remuneración previa.
- Cambiar el puesto de trabajo a uno con diferente categoría ocupacional superior. El empleador deberá pagar una remuneración adicional solo por ese tiempo.
- Suspensión de labores, solo para casos en los que no se puedan aplicar las prioridades anteriores. El empleador debe continuar pagando remuneración.

RETORNO A LABORES DE ORIGEN

De acuerdo con la Ley N° 28048: art. 1. Decreto Supremo N° 009-2004-TR: art. 11. El empleador está obligado a retornar a la trabajadora a sus labores originarias o a uno equivalente, con la misma remuneración y demás derechos, una vez concluida la situación que dio origen al cambio de labores, en un plazo que no superará los 15 días naturales o, con posterioridad del parto, inmediatamente a su retorno al centro de trabajo culminado su descanso postnatal.