

LEY QUE PROPONE AMPLIAR LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO EN CASO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA

FÓRMULA LEGAL

LEY N° _____

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley de Reforma Constitucional:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL INCISO E) DEL ARTICULO 29 DEL TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 728

OBJETO

Artículo 1°. – La presente ley tiene como objeto expandir la protección contra el despido incausado o arbitraria que gozan las mujeres embarazadas o en periodo de descanso pre y post natal, así como durante el periodo de lactancia, tanto al periodo de prueba como al supuesto de trabajadores en tiempo parcial.

MODIFICACIÓN

Artículo 2°. – Modifícase el inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en los términos siguientes:

“Artículo 29.- *Es nulo el despido que tenga por motivo:*

(...)

*e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) 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. **La presente protección es***

aplicable al periodo de prueba regulado en el artículo 10 de la presente ley, así como a las trabajadoras bajo régimen de contratación de tiempo parcial, conforme lo dispone el artículo 4 de la presente ley.

Lo dispuesto en el presente inciso 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."

DISPOSICIÓN FINAL COMPLEMENTARIA

UNICA. - La presente norma es de aplicación inmediata a los supuestos de hecho existentes al momento de que entre en vigencia. La presente norma entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario El Peruano.

DIPOSICIÓN FINAL DEROGATORIA

UNICA. – Deróguense todas las normas, legales y reglamentarias que contradigan la modificación señalada en la presente ley.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dada en el Palacio del Congreso, en Lima, a los tres (03) días del mes de Agosto de dos mil veinte.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El Perú es Estado parte del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, este convenio fue aprobado el 30 de mayo del 2000 y entró en vigencia el 7 de febrero del 2002 al haber sido ratificado por dos países (Eslovaquia e Italia), y desde entonces ha quedado abierto a la ratificación de todos los Estados que deseen sujetarse a sus disposiciones.²

Nuestro Estado, con fecha 22 de marzo de 2015, mediante Resolución Legislativa N° 30312 ratifica el mencionado Convenio OIT 183³, que incluye una serie de obligaciones de protección a las mujeres embarazadas, y entre las obligaciones que incluye se encuentra:

- La protección contra el despido: El Artículo 8º del Convenio 183 traslada al empleador la carga de la prueba respecto a que los motivos del despido son ajenos al embarazo o alumbramiento, sin condicionarlo a que la trabajadora demuestre la comunicación del embarazo. Además, el Convenio exige que la protección se extienda hasta después de la reincorporación de la trabajadora y prohíbe que el despido sea por causa de la lactancia.⁴

En esta lógica, el Perú cuenta con normativa que protegen el embarazo y la lactancia, siendo que en la actualidad existe el siguiente marco normativo:

“a) Seguro de Salud para la cobertura de controles durante todo el periodo de embarazo y luego del mismo, hasta 42 días después, en el caso del Seguro Integral de Salud (SIS) (Ley N° 29344).

¹ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/genericdocument/wcms_114197.pdf

² <https://laboraperu.com/peru-ratifica-convenio-183-oit-licencia-maternidad.html/>

³ <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/resolucion-legislativa-que-aprueba-el-convenio-n-183-de-la-resolucion-legislativa-n-30312-1215146-1/>

⁴ <https://laboraperu.com/peru-ratifica-convenio-183-oit-licencia-maternidad.html/>

- b) Vacaciones inmediatas, si al finalizar el postparto la madre tuviere derecho al descanso vacacional, podrá iniciar las mismas al día siguiente de terminado su descanso postparto (Ley N° 26644).
- c) Permiso de lactancia materna, que les da 1 hora diaria de permiso de lactancia, luego del descanso post natal, durante un año (Ley N° 27240).
- d) Descanso pre y posnatal; mediante la cual la trabajadora gestante tiene derecho a gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso posnatal, que puede tomar en periodos que ella crea convenientes, es decir, en partes o acumularlas para el postparto. Si el parto fuera múltiple se podrá ampliar el descanso posnatal hasta por 30 días naturales más (Ley N° 30367).
- e) Tienen el derecho de solicitarle a sus empleadores el no realizar labores que pongan en peligro su salud o el normal desarrollo del feto durante el período de gestación (Ley N° 28048).
- f) Subsidio por maternidad para aquellas madres, aseguradas en ESSALUD, tienen derecho a un monto dinerario para poder cubrir los gastos que conlleven los cuidados del recién nacido (Decreto Supremo N° 002-2016-TR).
- g) No puede ser despedida por motivo del embarazo, nacimiento o la lactancia, ni puede ser despedida en cualquier momento de la gestación, post parto o durante el periodo de lactancia, es decir hablamos de una protección laboral de 24 meses (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Decreto Supremo N° 003-97-TR)."⁵

En ese sentido, es pacífico en nuestro ordenamiento la existencia de normativa que incentiva y proteja el embarazo y la lactancia, dentro de una visión y compromisos internacionales de protección a la mujer y a la niñez, como se desprende del desarrollo normativo existente y la ratificación de tratados internacionales de protección e la mujer, como se ejemplifica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que citamos a continuación.

⁵http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04_30720190509.pdf

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional en al STC 05652-2007-PA/TC afirma lo siguiente:

“La protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades.

(...)

Para el caso que nos ocupa, esta Convención reafirma que la discriminación contra la mujer comprende toda distinción de trato por razón de sexo que: (i) con intención o sin ella sea desfavorable para la mujer; (ii) sea un obstáculo para que la sociedad en su conjunto reconozca los derechos humanos de la mujer en la esfera pública y en la esfera privada; o (iii) sea un obstáculo para que las mujeres gocen y ejerzan plenamente todos sus derechos humanos.

(...)

*El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. **El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.***

De este modo, **en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica.** Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo.

Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.

En este sentido, el apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período **durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico.**

Asimismo, **debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación**

o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo."(FJ 22 a 54) (El subrayado y negrita es nuestro).⁶

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara, el estado peruano está obligado a emitir medidas de protección a la mujer, lo cual incluye la protección en el estado de embarazo, sin restricciones.

PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

El actual inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Supremo N° 003-97-TR señala y cito:

"Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

(...)

e) *El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) 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.*

Lo dispuesto en el presente inciso 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."

Como se observa, la redacción vigente no incluye los supuestos de periodo de prueba o tiempo parcial, y se ha interpretado en forma que solo es aplicable a los contratos a plazo indefinido y/o contratos a modalidad y siempre fuera del periodo de prueba, situación que evidentemente genera indefensión de la población femenina trabajadora en todos sus alcances.

⁶ STC 05652-2007-PA/TC, FJ 22 a 54.

Por lo expuesto en la citada sentencia del Tribunal Constitucional es claro que la redacción actual del inciso e) es insuficiente para completar la protección contra el despido arbitrario contra las trabajadoras embarazadas en periodo de prueba y que trabajan en tiempo parcial, las cuales a la fecha pueden ser despedidas en forma arbitraria, lo cual acorde a la jurisprudencia constitucional expuesta y los tratados de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte debe rectificarse a la brevedad.

Afirmamos ello, dado que de la lectura del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, en específico del Art. 10 que a la letra dice:

“Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

*Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, **en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.**”*

La norma actual no genera una excepción para el caso de las trabajadoras embarazadas, por lo que lamentablemente existe la práctica extendida de que es permitido el despido de trabajadoras embarazadas bajo los periodos de prueba⁷ en esta situación, no tiene justificación permitir un trato discriminatorio que afecte los derechos de las trabajadoras, como ya se expuso.

En la misma lógica, nuestra legislación laboral no otorga actualmente protección alguna a las trabajadoras embarazadas que se encuentra contratadas bajo el régimen de

⁷ STC 02456-2012-AA/TC. FJ 3.3

tiempo parcial⁸, ello en mérito de la interpretación conjunta con el artículo 22⁹ del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, la cual otorga la protección contra el despido incausado solo al personal que labore cuatro o más horas, lo cual imposibilita extender la protección contra los despidos a dicho personal, situación que no es compatible con el deber de protección en los términos expuestos en la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, cabe señalar que la presente modificatoria también incluirá a los funcionarios y servidores públicos contratados bajo el régimen del TUO del Decreto Legislativo N° 728, lo cual amplía el universo de trabajadoras beneficiadas con la presente iniciativa legal.

Cabe resaltar que esta protección no implica una estabilidad laboral absoluta, pues tal y como se reconoce en la normativa existente si una trabajadora embarazada o bajo los periodos de protección pre y post natal o de lactancia incurre en causa justificada para el despido, puede ser desvinculada del centro de trabajo¹⁰.

Finalmente, debo reconocer y felicitar a GENDER LAB (Diversidad & Inclusión), dado que la presente propuesta legislativa se encuentra inspirada por el documento denominado 8x8 el cual contiene propuestas legislativas para promover la igualdad de la mujer en el empleo, señalando el aporte invaluable de dicho documento en la elaboración de la presente iniciativa legislativa.

II. EFECTO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene como finalidad la modificación del inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de

⁸ Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. **También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.**

⁹ Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, **que labore cuatro o más horas** diarias para un mismo empleador, **es indispensable la existencia de causa justa** contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

¹⁰ "Lo dispuesto en el presente inciso 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**".

Productividad y Competitividad Laboral a efectos de extender la protección contra el despido incausado a las mujeres embarazadas, en periodo pre o post materno o en lactancia tanto en periodo de prueba como para aquellas trabajadoras contratadas por tiempo parcial.

Además, comparativamente presentamos la norma vigente y la formula legislativa propuesta:

Norma actual	Norma propuesta
<p>Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:</p> <p>(...)</p> <p>e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) 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.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso 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.</p>	<p>Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:</p> <p>(...)</p> <p>e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) 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.</p> <p>La presente protección es aplicable al periodo de prueba regulado en el artículo N° 10 de la presente ley, así como a las trabajadoras bajo régimen de contratación de tiempo parcial, conforme lo dispone el artículo N° 4 de la presente ley.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido</p>

	y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.
--	--

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

De aprobarse la iniciativa legislativa, esta no supondrá gastos para el erario nacional, dado que los órganos a cargo de su implementación ya se encuentran integrados por funcionarios públicos cuyos equipos de trabajo ya se encuentran incluidos dentro del presupuestos de cada entidad pública.

IV. RELACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa propuesta tiene relación directa con la siguiente Política de Estado y Agenda Legislativa del Acuerdo Nacional:

- I. Democracia y Estado de Derecho:
 1. Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho.

- IV. Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado:
 24. Afirmación de un Estado eficiente y transparente.
 28. Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.