



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"

Lima,

INFORME TÉCNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **BRATZO BENJAMÍN BARTRA IBAZETA**
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS**
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal

Asunto : Sobre la posibilidad de otorgar el tiempo de uso del lactario durante el desarrollo de trabajo remoto o mixto.

Referencia : Oficio N° D000157-2021-SAT-GRH.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia la Gerente de Recursos Humanos del Servicio de Administración Tributaria de Lima consulta lo siguiente:

- a) De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29896 y su reglamento, ¿Es posible que durante la jornada diaria de trabajo desarrollada mediante la modalidad de trabajo remoto (o mixto) se pueda otorgar a las madres lactantes el derecho a amantar en equivalencia al tiempo destinado para el uso del lactario institucional?
- b) De ser viable, ¿Se otorga de oficio al universo de madres trabajadoras lactantes en la modalidad de trabajo remoto (o mixto)?
- c) ¿Quién establece la frecuencia para el ejercicio de ese derecho?
- d) Al igual que el permiso por lactancia materna previsto en la Ley N° 27240, modificada por la Ley N° 28731, ¿Procede que el derecho de las madres lactantes a amantar en equivalencia al tiempo destinado para el uso del lactario institucional regulado en la Ley N° 29896 y su reglamento se reporte en el informe de trabajo remoto que éstas presentan para la validación del cumplimiento de sus labores?

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. No puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: TFDLPTC

Por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR -a través de una opinión técnica- emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

Sobre el tiempo para el uso del lactario institucional

- 2.4 En principio, es oportuno señalar que a través del artículo 1° de la Ley N° 29896¹, se dispuso la implementación de lactarios en todas las instituciones del sector público y del sector privado en las que labores veinte o más mujeres en edad fértil.

Asimismo, el artículo 2° de la citada ley que el lactario es un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, asegurando su adecuada conservación.

- 2.5 Por otra parte, con fecha 26 de julio de 2021 ha sido publicado el Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP, el mismo que aprueba el reglamento de la Ley N° 29896 (en adelante, el Reglamento), reiterando en su artículo 3° que las instituciones públicas y privadas que cuenten con veinte (20) o mas mujeres en edad fértil deben contar con un lactario.

- 2.6 De la misma manera, el artículo 4° del Reglamento señala que son usuarias del servicio de lactario las trabajadoras con hijas e hijos hasta por lo menos los veinticuatro (24) meses de edad, en periodo de lactancia, sea cual fuere el régimen laboral con la institución, incluyendo aquellas mujeres en periodo de lactancia sin vínculo laboral que prestan servicios en el centro de trabajo.

- 2.7 Por su parte, el artículo 21° del Reglamento establece que el tiempo de uso del lactario durante el horario de trabajo no puede ser inferior a una (1) hora diaria, tiempo que puede ser distribuido o fraccionado por la usuaria en dos periodos de treinta (30) minutos o en tres periodos de veinte (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.

Aunado a lo anterior, el mencionado artículo indica que en el caso que la usuaria del servicio necesite un tiempo mayor a una (1) hora, este puede ser ampliado previo acuerdo con el/la empleador/a, considerando para ello el interés superior del niño/a y las circunstancias especiales de cada una de las madres.

- 2.8 De otra parte, es relevante señalar que el artículo 22° del Reglamento ha establecido expresamente que: *"El derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, establecido por la Ley N° 27240 y sus modificatorias, es independiente del tiempo del uso del lactario institucional durante el horario de trabajo, señalado en el numeral 21.1 del artículo 21 del presente Reglamento; **ambos derechos son irrenunciables e indisponibles.**"* (Énfasis es nuestro).

¹ Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna.

Sobre la posibilidad de otorgar el tiempo de uso del lactario institucional en la modalidad de trabajo remoto

2.9 Establecido el marco normativo que rige el otorgamiento del tiempo para el uso del lactario institucional, teniendo en cuenta el contexto de la consulta, corresponde ahora dilucidar si dicho derecho es pasible de ser reconocido en el desarrollo de labores bajo la modalidad de trabajo remoto o mixto, teniendo presente que dichas modalidades implican la prestación del servicio en un lugar distinto al centro de labores de la entidad, de forma total o parcial, según fuera el caso.

2.10 En esa línea, en principio debe recordarse que la Constitución Política del Perú, en su artículo 26, establece que uno de los principios que rige la relación laboral es el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Siendo así, el derecho al permiso por lactancia de la madre trabajadora se encuentra revestido, por mandato constitucional, de la característica de irrenunciabilidad.

Al respecto, el principio de irrenunciabilidad puede ser definido como un principio de autoprotección normativa, que contempla la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio. Lo que proscribiera este principio es la posibilidad de una renuncia individual de un trabajador particular a un derecho otorgado por disposición legal, como lo es el derecho al permiso por lactancia, pues ello equivaldría que por presión del empleador el trabajador admita o "acuerde" renunciar al derecho en mención, sancionado la ley con nulidad dicha renuncia.

2.11 Ahora bien, hay que tener presente que, tanto el otorgamiento del tiempo para el uso del lactario institucional (regulado en la Ley N° 29896), como el permiso por lactancia (regulado por la Ley N° 27240, modificada por Ley N° 28731) serían manifestaciones concretas de un mismo bien jurídico protegido y resultan derechos complementarios, pues mientras que el uso del lactario institucional garantiza un tiempo a las servidoras para extraer su leche materna en empleando un ambiente acondicionado y digno, el permiso por lactancia pretende garantizar que la madre trabajadora pueda contar con un tiempo mínimo destinado a la lactancia de su hijo.

2.12 Así pues, tomando en cuenta la similitud y complementariedad antes mencionada, a modo referencial, cabe señalar que, en el fundamento 35 de la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

"(...) el derecho a gozar del permiso por lactancia constituye, claramente, un contenido implícito de los bienes protegidos y derechos antes referidos (salud del medio familiar, protección a la familia, libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del recién nacido), que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a las mujeres, en general y a la madre trabajadora, en particular, tanto en el ámbito laboral remunerado como en el ámbito del hogar."

2.13 Por lo tanto, se concluye que tanto el derecho al permiso por lactancia materna como el tiempo para el uso del lactario son derechos irrenunciables, encontrándose el empleador en la obligación de promover -y no restringir- su goce.

- 2.14 En esa línea si bien en el desarrollo del trabajo de remoto o mixto, la madre trabajadora no cuenta con el lactario institucional a su disposición (pues este se encuentra en el centro de trabajo u otras instalaciones²), debe tenerse presente que la efectividad del derecho subyacente al uso de los lactarios, esto es, el de contar con tiempo para la extraer la leche materna, conforme a su finalidad constitucional, no podría encontrarse condicionada -en estos casos- a la posibilidad de acceder físicamente al lactario institucional.

Por el contrario, en aras de la promoción de la lactancia materna -lo cual forma parte del objeto y finalidad tanto de la Ley N° 29896 (artículo 2°) como de su reglamento (artículo 1°)-, dicho derecho también puede ser ejercido en el marco de las modalidades de trabajo a distancia.

- 2.15 Partiendo de dicha premisa, resta ahora dilucidar cuales serían las reglas aplicables al ejercicio del derecho antes mencionado en el marco del trabajo remoto o mixto (en este último caso cuando se pretenda ejercer el derecho durante la prestación del servicio a distancia).
- 2.16 A esos efectos resulta oportuno recordar que, con relación a la jornada laboral en el trabajo remoto, SERVIR ha tenido oportunidad de emitir opinión en el Informe Técnico N° 001282-2020-SERVIR-GPGSC, concluyéndose lo siguiente:

"(...)

3.1 *El Trabajo Remoto es un mecanismo de prestación de servicios a distancia que consiste en la continuación de las labores desde el domicilio del trabajador o lugar de asilamiento domiciliario, utilizando los medios o mecanismos tecnológicos que le permitan lograr tal fin fuera del centro de trabajo.*

3.2 *Durante el trabajo remoto, la jornada laboral será la pactada con la entidad antes de iniciar dicha modalidad o la que hubiera convenido con ocasión del mismo, siendo obligación del servidor civil estar disponible durante la misma para las coordinaciones de carácter laboral que resulten necesarias. Es importante resaltar que de acuerdo con el artículo 25° de la Constitución Política del Perú, la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. (...)* (Énfasis es nuestro)

- 2.17 En ese sentido, el otorgamiento del tiempo para el "uso del lactario" -que en el caso del trabajo remoto sería para el cumplimiento de su finalidad subyacente (como es la extracción de la leche materna)-, debe ser efectuado dentro de la jornada laboral que hubiera sido pactada, aplicándosele las mismas reglas de frecuencia y tiempo previstas en el numeral 21.1 del artículo 21° del Reglamento, siendo estas -entre otras- las siguientes:

- Periodo no inferior a una (1) hora diaria.
- Puede ser fraccionado por la usuaria en dos (2) periodos de treinta (30) minutos o en tres (3) periodos de veinte (20) minutos.
- La programación del tiempo antes mencionado debe efectuarse previa comunicación y coordinación con la entidad empleadora.
- Dicho tiempo es tomado como tiempo efectivamente laborado para todos sus efectos.

² Según los supuestos regulados en el Reglamento de la Ley N° 29896.

- El tiempo otorgado puede ser ampliado previo acuerdo con la entidad empleadora, considerando para ello el interés superior del niño/a y las circunstancias especiales de cada una de las madres.

Asimismo, conforme al artículo 22° del Reglamento, debe tenerse presente que dicho tiempo otorgado para el "uso del lactario" (extracción de la leche materna en el marco del trabajo remoto) es distinto del permiso por lactancia materna regulado por la Ley N° 27240 y sus modificatorias.

III. Conclusiones:

- 3.1 Tanto el derecho al permiso por lactancia materna como el tiempo para el uso del lactario son derechos irrenunciables, encontrándose el empleador en la obligación de promover -y no restringir- su goce.
- 3.2 Si bien en el desarrollo del trabajo de remoto o mixto, la madre trabajadora no cuenta con el lactario institucional a su disposición (pues este se encuentra en el centro de trabajo u otras instalaciones³), debe tenerse presente que la efectividad del derecho subyacente al uso de los lactarios, esto es, el de contar con tiempo para la extraer la leche materna, conforme a su finalidad constitucional, no podría encontrarse condicionada -en estos casos- a la posibilidad de acceder físicamente al lactario institucional.

Por el contrario, en aras de la promoción de la lactancia materna -lo cual forma parte del objeto y finalidad tanto de la Ley N° 29896 (artículo 2°) como de su reglamento (artículo 1°)-, dicho derecho también puede ser ejercido en el marco de las modalidades de trabajo a distancia.

- 3.3 El otorgamiento del tiempo para el "uso del lactario" -que en el caso del trabajo remoto sería para el cumplimiento de su finalidad subyacente (como es la extracción de la leche materna)- debe ser efectuado dentro de la jornada laboral que hubiera sido pactada, aplicándosele las mismas reglas de frecuencia y tiempo previstas en el numeral 21.1 del artículo 21° del Reglamento.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS

Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

BBBI/meccgo/ear

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

³ Según los supuestos regulados en el Reglamento de la Ley N° 29896.