

CONSULTORÍA JURÍDICA
DIVISIÓN DE DICTÁMENES

Nº 03

CONSULTA: Se ha dirigido a esta Consultoría Jurídica, solicitud de interpretación del contenido, alcance y límites de los artículos 1 y 2 de la Resolución Conjunta del Despacho de Salud y el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial Nº 38.528, de fecha 22 de septiembre de 2006, en la cual se acordó extender el periodo de lactancia, contemplado en el artículo 393 de la Ley orgánica del Trabajo de seis (6) meses a nueve (9) meses, o a doce (12) meses en determinados casos, contados desde la fecha de parto.

DICTAMEN: Los artículos 1 y 2 de la resolución conjunta Nº 271, (Ministerio de Salud - Ministerio del Trabajo y Seguridad Social), constituye un instrumento jurídico que materializa la voluntad del gobierno de la Republica Bolivariana de Venezuela, de propiciar, garantizar, promover, proteger y apoyar la lactancia materna natural, como elemento de preservación de la especie humana y como fuente de consumo de elementos alimenticios y nutricionales en nuestro territorio, así como reiterar una vez mas las compromisos adquiridos con la ratificación de la Convención de Los Derechos del Niño y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, y un sin numero de instrumentos jurídicos de carácter internacional dirigidos a la búsqueda de una sociedad donde se haga efectiva el derecho de las trabajadoras de amantar a su prole extendiendo a nueve meses el periodo ordinario de lactancia materna y estableciendo un periodo extraordinario de 12 meses de lactancia materna cuando las circunstancias así lo ameriten.

Con la finalidad de esclarecer nuestra respuesta, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

La entrada en vigencia de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela trajo consigo una serie de cambios y transformaciones que redundan en protecciones paradigmáticas de la clase trabajadora venezolana, así pues, la nueva carta fundamental que nos dimos los venezolanos mediante referéndum aprobatorio estipula en su artículo 76 lo siguiente:

Artículo 76: “...La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir

*libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. **El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.**” (Destacado de esta Consultoría)*

Igualmente la legislación del trabajo venezolana, consagra todo un título al establecimiento de normas dirigidas única y exclusivamente a la protección de la maternidad y la familia, así el TITULO VI, denominado De la Protección Laboral de la Maternidad y la Familia, en el se concretan, entre otras, normas destinadas a la protección de la maternidad y en especial se estipula el derecho de la madre trabajadora a permisos o licencias dentro de la jornada de trabajo para dedicarlas al proceso de lactancia del hijo menor de 6 meses de nacido, esta norma ha cobrado una inigualable importancia por cuanto constituye un medio de preservación de la salud del infante en el entendido que la lactancia es una fuente de consumo de elementos alimenticios y nutricionales que coadyuvan en el desarrollo de un individuo mas saludable y por tanto con mayor expectativa de vida.

Dentro de este orden de ideas, nuestra Ley Orgánica del Trabajo, tiene previsto en su articulado distintas figuras destinadas a la protección laboral de la maternidad y la familia, como por ejemplo el fuero maternal, el reposo pre y post natal, el servicios de guarderías y en el artículo 393, en particular, un periodo de lactancia de seis (6) meses, el cual se materializa mediante permisos o licencias de ½ hora diaria en dos oportunidades durante la jornada de trabajo; para lo cual se impone de alguna forma que la madre trabajadora y su empleador pacten sobre las condiciones en las que esta hará uso del derecho que la ley le consagra.

De este modo, la Ley Orgánica del Trabajo vigente estipula lo siguiente:

Artículo 393:

“ Durante el periodo de lactancia, la mujer tendrá derecho a (2) descansos diarios de media (1/2) hora cada uno para amantar a su hijo en la guardería respectiva.

Si no hubiere guardería, los descansos previstos en este artículo serán de una (1) hora cada uno.” (Destacado de esta Consultoría)

La reforma parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en la Gaceta Oficial Número 38.426 del 28 de abril de 2006, reflejando el compromiso del Ejecutivo Nacional en pro de la protección de la maternidad, la salud y la armonía de la vida familiar y el trabajo, dispone en su artículo 100, lo siguiente:

Artículo 100: Período de lactancia:

“El período de lactancia, a que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, no será inferior a seis (6) meses contados desde la fecha del parto, sin perjuicio de que los Ministerios del Trabajo y Salud puedan extender este período mediante resolución conjunta.

La mujer trabajadora, finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono o patrona la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El patrono o patrona sólo podrá imponer modificaciones a lo planteado por la trabajadora, cuando a su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente. En caso de desacuerdo entre las partes, el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá si existe o no desmejora de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 454 de la Ley Orgánica del Trabajo.”

Atendiendo al contenido de la disposición reglamentaria anteriormente transcrita, se desprende con claridad que la madre tiene derecho a dos licencias o permisos diarios, cuya duración dependerá de si en el centro de trabajo existe o no servicio de guarderías, por tanto que el derecho a lactar, es un derecho que disfrutará la madre trabajadora dentro de su jornada de trabajo, gozará **de dos descansos diarios** de media hora cada uno, para amamantar a su hijo o hija en el **servicio de guardería del centro de trabajo**; si en el lugar

de trabajo, la empleadora o el empleador no han instalado dicho servicio, cada descanso para amamantar, **será de una hora cada uno**, dentro de su jornada de trabajo.

Igualmente, este Reglamento estableció en el artículo mencionado *ut supra*, la potestad de los Ministerios de Salud y del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, de extender el periodo de lactancia establecido en el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo; con fundamento en esta disposición reglamentaria, el 22 de septiembre de 2006, mediante Resolución conjunta del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, -objeto de su consulta- se dispuso en el artículo 1º, la extensión del periodo ordinario de lactancia materna de las madres trabajadoras previsto en la ley, de seis (6) meses contemplados hasta la fecha, **a nueve (9) meses**, en los términos siguientes:

Artículo 1:

“Se extiende el periodo de lactancia al que se refiere el artículo 392 de la Ley Orgánica del Trabajo en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento a nueve (9) meses contados desde la fecha del parto.”

Dentro de este orden de ideas, en el artículo 2º de la Resolución Conjunta que se comenta, el período de lactancia se extiende, en todos los casos a nueve (09) meses, pero este período de lactancia se podrá extender a doce (12) meses, en los casos excepcionales, que se citan de seguidas:

Artículo 2º:

“Se extiende el periodo de lactancia a doce (12) meses, contados desde la fecha del parto, sólo y exclusivamente, en los casos siguientes:

1) Cuando el patrono o patrona no mantengan una guardería infantil o un servicio de educación inicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 391 de la Orgánica del Trabajo;

2) Cuando se trate de un parto múltiple o la madre, su hijo o hija presente alguna de las condiciones de salud que se indican a continuación: prematuridad; trastornos de alimentación; síndrome de malabsorción intestinal; déficit nutricional en cualquiera de los estadios; retardo de crecimiento intrauterino; bajo peso al nacer; síndrome diarreico; síndrome de down;

errores innatos del metabolismo; fibrosis quísticas; síndrome Pierre Robín; labio y paladar fisurado (labio leporino y paladar hendido); cardiopatías congénitas; espina bífida; mielomeningocele; trastornos convulsivos; hidrocefalia; parálisis cerebral; trastornos hemorrágicos del recién nacido por déficit de vitamina K; madre diabética con trastorno de hipoglicemia; enfermedades infecciosas tales como enterocolitis necrotizante, varicela congénita, síndrome de TORCHS (toxoplasmosis, rubéola, citomegalovirus - virus Epstein Barr, hepatitis, herpes, sífilis); sepsis; hemofilia, y, rehabilitación post-hospitalización / post enfermedad.”

Como se observa la disposición antes transcrita, establece una extensión adicional de doce (12) meses después del parto, siempre que medie una de las situaciones especiales de salud de la madre, hijo o hija recién nacidos, o por la no existencia de guardería en el centro de trabajo. Con ello la resolución asume que los empleadores diligentes que acataron el cumplimiento de lo pautado en el artículo 391, en lo relacionado con el establecimiento del servicio de guarderías infantiles, solo reciben una extensión de permiso a nueve meses y se extiende a 12 meses, cuando los empleadores por cualquier motivo no hayan dado cumplimiento a lo previsto en dicho artículo 391. de la Ley Orgánica Del Trabajo

Adicionalmente, es importante destacar que el acto administrativo antes comentado, aunado a la actividad administrativa de los órganos y entes del Poder Público, consagra un derecho a la madre trabajadora y una obligación a los empleadores donde en resumidas cuentas se modifican temporalmente las condiciones de trabajo, como consecuencia de la maternidad, por tanto ambas partes deben acordar la forma como se hará uso de dicha licencia o permiso pudiendo por ejemplo acordar retardar el ingreso a la prestación del servicio ½ hora o 1 hora después de la pactada para el resto de los trabajadores, según fuere el caso, e igualmente adelantar el egreso de la prestación del servicio en el mismo lapso.

De este modo el Gobierno Bolivariano busca el establecimiento y consolidación de la armonía entre la vida familiar y el trabajo, el logro de una

sociedad más justa y equitativa, que permita la realización efectiva del derecho de las mujeres trabajadoras, de amamantar a sus hijos o hijas y el disfrute del derecho a la lactancia de las niñas y niños recién nacidos.

Con base en la normativa y los razonamientos antes mencionados esta instancia Administrativa concluye que:

1) Gozarán de la extensión del periodo de lactancia a nueve meses contados desde la fecha de parto, tal como lo dispone el artículo 1º de la Resolución:

- las trabajadoras cuyos patronos o patronas, hayan acatado la disposición prevista en el artículo 391 de la Ley Orgánica del Trabajo **y dispongan del servicio de guardería en su centro de trabajo.**

2) **Gozarán de la extensión del periodo de lactancia hasta doce (12) meses después del parto:**

- las trabajadoras cuyo patrono o patrona, no mantenga el servicio de guardería infantil o educación inicial en el centro de trabajo.

Atendiendo al caso objeto de consulta, la trabajadora, gozará de la extensión del periodo de lactancia hasta doce (12) meses después del parto, cuando el patrono o patrona, no mantenga el servicio de guardería infantil o educación inicial en el centro de trabajo.

Dentro de la misma esfera de derechos de la trabajadora asociados a la protección de la maternidad, la paternidad y la familia, es importante informar que el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicado en la Gaceta Oficial Número 38.596 de fecha 3 de enero de 2007, prevé en su Título I, DISPOSICIONES FUNDAMENTALES, Licencias o Permisos para la protección de la salud, artículo 15, lo siguiente:

Artículo 15:

“Durante el embarazo, la trabajadora gestante tiene derecho a disfrutar de un (1) día o dos (2) medios días de licencia o permiso remunerado cada mes a los fines de su atención médica. Al efecto de garantizar el cuidado y tratamiento del niño o niña durante su primer año de vida, se establece el derecho de la madre o padre incorporado al trabajo, a disfrutar de un (1) día de licencia o permiso remunerado cada mes para concurrir al centro asistencial pediátrico.

Para disfrutar de los permisos o licencias previstos en este artículo, deberá presentarse mensualmente ante el patrono o patrona un certificado de consulta de control de salud, expedido por un centro de salud. Estos permisos o licencias serán pagados por el patrono o patrona como si la trabajadora o el trabajador hubiese laborado efectivamente su jornada de trabajo.”

Atendiendo a lo dispuesto en la norma transcrita, la trabajadora o el trabajador, gozarán igualmente de un día de licencia o permiso remunerado cada mes, durante el primer año de vida de su hijo o hija, para concurrir a las consultas pediátricas, todo ello con la finalidad de garantizar el cuidado y tratamiento del niño o niña durante su primer año de vida.

En estos términos queda expuesta la opinión de esta Consultoría Jurídica, en Caracas a los 17 días del mes de Octubre de 2007.

Atentamente

Por delegación del Ministro del Poder Popular
Para el Trabajo y Seguridad Social

Abog. ÁNGEL LUIS LEÓN RODRÍGUEZ
Director general de Consultoría Jurídica
Según Resolución N° 5452 de fecha 13/09/2007
Gaceta Oficial N° 38.769 de fecha 14/09/2007