Estado Libre Asociado de Puerto Rico
TRIBUNAL DE APELACIONES
REGIÓN JUDICIAL DE SAN JUAN
PANEL IV

GUSTAVO JAVIER BRODA PÉREZ Apelante v. PARRILLADA ARGENTINA GAUCHOS, INC.; GUILLERMO GSOTTSCHNEIDER POR SI Y EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES COMPUESTA CON IVONNE MÉNDEZ; ROBERTO TEMPESTINI POR SI Y EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES COMPUESTA CON ANA MARÍA UBRAICO; COMPAÑÍA ABC; FULANO DE TAL Apelados	KLAN201500878	*APELACIÓN* procedente del Tribunal de Primera Instancia, Sala Superior de San Juan Civil. Núm. K PE2013-4710 (504) Sobre: DESPIDO INJUSTIFICADO; DISCRIMEN Y REPRESALIAS

Panel integrado por su presidenta, la Juez García García, el Juez Hernández Sánchez y la Jueza Soroeta Kodesh.

Hernández Sánchez, Juez Ponente

SENTENCIA

En San Juan, Puerto Rico a 24 de agosto de 2015.

El Sr. Gustavo Broda Pérez (apelante) presentó un recurso de apelación en el que solicitó la revocación de una *Sentencia Parcial* dictada el 26 de mayo de 2015 por el Tribunal de Primera Instancia, Sala de San Juan (TPI). Mediante esta determinación, el TPI desestimó la reclamación de discrimen por orientación sexual, pero ordenó la continuación de los procedimientos respecto al reclamo de despido injustificado.

Oportunamente la parte apelada presentó su Alegato en Oposición.

Por los fundamentos que más adelante discutimos, confirmamos el dictamen apelado.

I

El 24 de septiembre de 2013 el apelante presentó una *Querella*, por despido injustificado, discrimen y represalias, en contra de la Parrillada Argentina Gauchos, Inc., el Sr. Guillermo Gsottschneider (Sr. Gsottschneider) y el Sr. Roberto Tempestini (Sr. Tempestini), entre otros (colectivamente, apelados).[1] En síntesis, el apelante alegó que luego de varios intentos para excusarse del trabajo y poder asistir a una actividad de la familia de su pareja, no le concedieron la autorización. El día de la actividad se presentó dos (2) horas tarde a su jornada laboral. El 26 de septiembre de 2012 el apelante fue cuestionado por el Sr. Gsottschneider, quien presuntamente de manera discriminatoria, burlona y con grave menosprecio a su preferencia sexual,[2] le dijo "recoge tus cosas y vete a festejar con tu familia". El apelante agregó que como parte del altercado, el Sr. Gsottschneider le golpeó en un brazo y le despojó del delantal y de la camisa que vestía como uniforme, ya que estas piezas pertenecían al restaurante.

En cuanto a las alegaciones de represalias, el apelante arguyó que, debido a su oposición contra varias prácticas antihigiénicas del restaurante, el Sr. Tempestini lo regañaba y lo insultaba de manera discriminatoria. En fin, expuso que durante su estadía en el trabajo fue discriminado por sus preferencias sexuales y por apariencias estereotipadas. Añadió que fue objeto de actuaciones y comentarios homofóbicos frente a los clientes,

---

[1] Págs. 68-73 del Apéndice del recurso

[2] En su *Querella* el apelante indicó que era homosexual. Id., pág. 69.

entre los propios empleados y con pleno conocimiento de su patrono. Además, denunció que en el 2012 los apelados no le pagaron el bono de Navidad.

Como parte de los acaecimientos procesales, el 13 de diciembre de 2013 los apelados contestaron la *Querella* y presentaron una moción en la cual solicitaron la desestimación de la reclamación de discrimen por orientación sexual.[3] Plantearon que la reciente enmienda a la Ley Núm. 100 del 30 de junio de 1959, ocurrió con posterioridad a los hechos alegados en la *Querella*. En la alternativa, arguyeron que el término prescriptivo de un (1) año que dispone la Ley 100 para hacer reclamos de esta naturaleza no fue interrumpido y que había vencido al momento de la radicación de la *Querella*.

Luego del apelante oponerse a la moción de desestimación parcial, las partes presentaron escritos de réplica y dúplica.[4] Así las cosas, el 26 de mayo de 2015 el TPI dictó la *Sentencia Parcial* objeto de apelación.[5] El Tribunal desestimó la reclamación de discrimen por orientación sexual, debido a que para la fecha de los hechos, 26 de septiembre de 2012, nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba una protección ni remedios respecto al discrimen por género u orientación sexual. Añadió el foro sentenciador que fue el 29 de mayo de 2013 que la Asamblea Legislativa enmendó el Art. 1 de la Ley 100, para vedar el discrimen por orientación sexual. El TPI expuso que conceder el remedio solicitado por el apelante sería contrario a derecho y conllevaría la aplicación retroactiva del Art. 1 del referido estatuto. A su vez, ordenó la continuación de los procedimientos relacionados con la causa de acción por despido injustificado. Por último, decretó la

---

[3] Págs. 43-47 del Apéndice del recurso

[4] Id., Págs. 22-25, 26-29 y 34-38

[5] Id., Págs. 2-15

consignación del pago del bono de Navidad correspondiente al año 2010,[6] según fue reclamado por el apelante.

En desacuerdo con lo dictaminado, el 8 de junio de 2015 el apelante compareció ante nos mediante el recurso de apelación de epígrafe y le imputó al TPI el siguiente señalamiento de error:

> Erró el Honorable Tribunal de Primera Instancia al desestimar la acción por discrimen por sexo, hostigamiento sexual, apariencia estereotipada y discriminación por género cuando existían precedentes jurisprudenciales anteriores a la enmienda a la Ley sobre Discrimen por Preferencia Sexual Ley Núm. [22] de [29 de mayo] de 2013.

Por su parte, el 9 de julio de 2015 los apelados presentaron su Alegato en Oposición. En resumen, insistieron que al momento de los hechos alegados en la *Querella* en Puerto Rico no existía una causa de acción al amparo de la Ley 100 que sancionara el discrimen por razón de orientación sexual. Consecuentemente, arguyeron que el TPI carecía de jurisdicción sobre la materia.

Examinado el expediente apelativo a la luz del derecho vigente y con el beneficio de la comparecencia de las partes, procedemos a exponer el derecho aplicable a los hechos de este caso.

II

Desestimación al amparo de la Regla 10.2 de Procedimiento Civil

La Regla 10.2 de las de Procedimiento Civil, 32 LPRA Ap. V, R 10.2, establece cómo se presentan las defensas y las objeciones.

> Toda defensa de hechos o de derecho contra una reclamación se expondrá en la alegación responsiva excepto que, a opción de la parte que alega, las siguientes defensas pueden hacerse mediante una moción debidamente fundamentada: (1) falta de jurisdicción sobre la materia; (2) falta de jurisdicción sobre la persona; (3) insuficiencia del emplazamiento; (4) insuficiencia del diligenciamiento del emplazamiento; (5) dejar de exponer una reclamación que justifique la concesión de un remedio; (6) dejar de acumular una parte indispensable.
>
> Ninguna defensa u objeción se considerará renunciada por haberse formulado conjuntamente con otra u otras defensas u objeciones en una alegación responsiva o moción. Si en una alegación se formula una reclamación contra la cual la parte no está obligada a presentar una

[6] Advertimos que el apelante indicó en su *Querella* que los apelados no le pagaron el bono de Navidad de 2012. Pág. 69 del Apéndice del recurso

> alegación responsiva, dicha parte podrá mantener en el juicio cualquier defensa de hechos o de derecho contra tal reclamación. Si en una moción en que se formula la defensa número (5) se exponen materias no contenidas en la alegación impugnada, y éstas no son excluidas por el tribunal, la moción deberá ser considerada como una solicitud de sentencia sumaria y estará sujeta a todos los trámites ulteriores provistos en la Regla 36 hasta su resolución final, y todas las partes deberán tener una oportunidad razonable de presentar toda materia pertinente a tal moción bajo dicha regla. (subrayado nuestro)

Para disponer adecuadamente de una moción de desestimación conforme a la precitada regla, por el fundamento de que la demanda no expone una reclamación que justifique la concesión de un remedio, el Tribunal tiene la obligación de dar por ciertas y buenas todas las alegaciones fácticas de la demanda que hayan sido aseveradas de manera clara. *Roldán v. Lutrón, S.M., Inc.*, 151 DPR 883, 889-891 (2000); *Harguindey Ferrer v. U.I.*, 148 DPR 13, 30 (1999); *Ramos v. Marrero*, 116 DPR 357, 369 (1985).

Entiéndase que la Regla 10.2, supra, autoriza a una parte a solicitar la desestimación, de su faz, de una demanda, cuando, entre otros fundamentos, la misma deja de exponer una reclamación que justifique la concesión de un remedio. Este tipo de desestimación <u>sólo procede cuando de un examen de las alegaciones se desprenda que la parte demandante no tendría derecho a remedio alguno bajo cualesquiera hechos que puedan ser probados y cuando la demanda no puede ser, de otro modo, enmendada para subsanar cualquier deficiencia en las alegaciones</u>. *Ortiz Matías et al. v. Mora Development Corp.* 187 DPR 649 (2013); *Consejo Titulares v. Gómez Estremera et al*, 184 DPR 407, 423 (2012); *Roldán v. Lutrón, S.M., Inc.*, supra, pág. 890.

El promovente de la moción de desestimación tiene que demostrar que, presumiendo que lo allí expuesto es cierto, la demanda no expone una reclamación que justifique la concesión de un remedio. *Pressure Vessels v. Empire Gas*, 137 DPR 497, 505 (1994). Esta doctrina se aplica solamente a hechos bien alegados y

expresados de manera clara y concluyente, que de su faz no den margen a dudas. *Sánchez v. Autoridad de los Puertos*, 153 DPR 559, 569 (2001).

Respecto a las alegaciones, las Reglas de Procedimiento Civil disponen que "[u]na alegación que exponga una solicitud de remedio contendrá: (1) una relación sucinta y sencilla de los hechos demostrativos de que la parte peticionaria tiene derecho a un remedio, y (2) una solicitud del remedio a que crea tener derecho". 32 LPRA Ap. V, R. 6.1. En el análisis para la promulgación de las nuevas reglas de procedimiento civil, el Comité Asesor Permanente expuso que "la propuesta requiere que en las alegaciones se aporte una relación de hechos, con el propósito de que las partes y el tribunal puedan apreciar con mayor certeza los eventos medulares de la controversia". Informe de Reglas de Procedimiento Civil, Vol. I, diciembre 2007, pág. 70. Sobre este particular, el Comité añadió que la Regla 6.1 se debía analizar junto con la Regla 9.1 que dispone que "el contenido de las alegaciones debe estar basado en el mejor conocimiento, información y creencia del abogado o de la parte, el cual debe formarse luego de una investigación razonable; que <u>el escrito debe estar bien fundado en los hechos y respaldado por el derecho vigente</u>". (subrayado nuestro) Id.; *Ashcroft v. Igbal*, 556 US 662 (2009); *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 US 544 (2007).

Asimismo, ante una moción de desestimación, las alegaciones hechas en la demanda hay que interpretarlas conjuntamente, liberalmente y de la manera más favorable posible para la parte demandante. Debemos considerar, "si a la luz de la situación más favorable al demandante, y resolviendo toda duda a favor de éste, la demanda es suficiente para constituir una reclamación válida". *Colón v. Lotería*, 167 DPR 625, 649 (2006). Es importante tener presente al realizar este análisis sobre la moción

de desestimación que el propósito de las alegaciones es bosquejar "a grandes rasgos cuáles son las reclamaciones de forma tal que la parte demandada quede notificada de la naturaleza general de las contenciones en su contra y pueda comparecer a defenderse si así lo desea". *Reyes v. Cantera Ramos, Inc.,* 139 DPR 925, 929 (1996).

En lo que respecta a la solicitud de desestimación por falta de jurisdicción sobre la materia, procederá disponer de la reclamación judicial si el Tribunal no tiene poder o autoridad en ley para atender y decidir las alegaciones de la parte demandante. *González v. Mayagüez Resort & Casino*, 176 DPR 848, 854-856 (2009); *A.S.G. v. Mun. San Juan*, 168 DPR 337 (2006). Al mismo tenor, recordemos que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha enfatizado consistentemente que la falta de jurisdicción "trae consigo las consecuencias siguientes: (1) no es susceptible de ser subsanada; (2) las partes no pueden voluntariamente conferírsela a un tribunal como tampoco puede éste arrogársela; (3) conlleva la nulidad de los dictámenes emitidos; (4) impone a los tribunales el ineludible deber de auscultar su propia jurisdicción; (5) impone a los tribunales apelativos el deber de examinar la jurisdicción del foro de donde procede el recurso, y (6) puede presentarse en cualquier etapa del procedimiento, a instancia de las partes o por el tribunal *motu proprio*". *González v. Mayagüez Resort & Casino*, supra, pág. 855, citando a *Pagán v. Alcalde Mun. de Cataño*, 143 DPR 314, 326 (1997).

Entretanto, precisa recordar que nuestro ordenamiento jurídico favorece que los pleitos se atiendan en los méritos. Por ello, son reducidas las instancias en que los tecnicismos legales pueden impedir la dilucidación de las controversias planteadas. Esto tiene como propósito el que toda persona tenga fácil acceso a la justicia. *SLG Font Bardón v. Mini-Warehouse*, 179 DPR 322, 334 (2010); *Banco Popular v. SLG Negrón-Toledo*, 164 DPR 855, 874

(2005); *Vega Ríos v. Caribe General Electric Products, Inc.*, 160 DPR 682 (2003); *Pardo v. Sucn. Stella*, 145 DPR 816, 826 (1998). Únicamente en casos extremos, se debe privar a un demandante de su día en corte. *Accurate Solutions & Design, Inc. v. Heritage Environmental Services Puerto Rico, L.L.C., et al.*, res. el 30 de junio de 2015, 2015 TSPR 90, 193 DPR ___ (2015).

Discrimen Laboral

Como cuestión de umbral, el Artículo II, Sec. 1 de la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico establece que la dignidad del ser humano es inviolable y que todas las personas son iguales ante la ley, por lo cual, proscribe el discrimen por motivo de sexo, *inter alia*. Art. II, Sec. 1, Const. E.L.A., LPRA, Tomo 1.

Al tenor de este y otros preceptos constitucionales, la práctica de discriminar por razones de sexo[7] ha sido proscrita en el ámbito laboral mediante la adopción de varias leyes tales como, la Ley Núm. 17 de 22 de abril de 1988, 29 LPRA sec. 155, et seq (Ley 17) la Ley Núm. 69 de 6 de julio de 1985, 29 LPRA sec. 1341, et seq (Ley 69) y la Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA sec. 146, et seq (Ley 100).

La Ley 100, según enmendada, 29 LPRA secs. 146-151, fue aprobada con el propósito de ofrecer una eficaz protección a los trabajadores contra diversos tipos de discrimen en el ámbito laboral. El estatuto prohíbe que un patrono despida, suspenda o discrimine contra un empleado por razón de edad, raza, color, **sexo**, origen social o nacional, condición social, afiliación política, o ideas políticas o religiosas, o por ser víctima de violencia doméstica, agresión sexual o acecho. Su propósito no es otro que la erradicación de las prácticas discriminatorias en el empleo

[7] Más adelante discutiremos la Ley 22-2013 que enmendó parte de la legislación laboral sobre discrimen para añadir la causa de discrimen por identidad de género y orientación sexual.

propiciando así mayor igualdad de oportunidades en el empleo. *Mestres v. Dosal*, 173 DPR 62, 69 (2008).

Esta ley igualmente establece una presunción a favor del empleado despedido que presenta su caso. Ahora bien, la presunción establecida es para facilitarle al empleado el probar su caso, no para relevarlo de la necesidad de presentar evidencia alguna para probar sus alegaciones. *S.L.G. v. TOLIC*, 151 DPR 754, 774 (2000). Así las cosas, la Ley 100 contiene una presunción que, unida al concepto de caso *prima facie*, establece un esquema procesal que el Tribunal Supremo ha descrito como sigue:

> 1. El empleado deberá presentar prueba, primero, de que hubo un despido o acto perjudicial: segundo, que la acción se realizó sin justa causa, y tercero, algún hecho que lo ubique dentro de la modalidad de discrimen según la cual reclama. Una vez el empleado cumple con esta primera etapa procesal, surge la presunción de discrimen del Art. 3 sin que tenga que probar el acto discriminatorio directamente. En esta etapa, el peso de la prueba cambia y recae sobre el patrono. Si el patrono no presenta prueba suficiente para rebatir la presunción, se entenderá que el empleado ha probado su caso. [...]
>
> 2. Sin embargo, para defenderse y así rebatir esta presunción, el patrono tiene varias alternativas. Éste puede presentar prueba que derrote el hecho básico: esto es, que el despido fue justificado o destruir el hecho presumido (que el despido no fue discriminatorio); o presentar prueba para atacar ambos hechos. [...]
>
> 3. Una vez el patrono rebate la presunción de discrimen, y sólo en este caso, el trabajador debe continuar su caso sin el beneficio probatorio de la presunción; esto es, presentar evidencia concreta que pruebe que realmente hubo discrimen. (subrayado nuestro) *Ramírez Ferrer v. Conagra Foods PR*, 175 DPR 799, 815-816 (2009). Ver, además, *Ramos Pérez v. Univisión*, 178 DPR 200, 222-223 (2010).

En el mismo orden de asuntos, la Ley 69, conocida como la *Ley para Promover la Igualdad de Oportunidades para la Mujer en el Empleo*, 29 LPRA sec. 1321, et seq, prohíbe las represalias por discrimen por razón de sexo y establece como práctica ilegal el que un patrono "suspenda, rehúse emplear, o despida" a cualquier empleado por razón de su sexo. 29 LPRA sec. 1323. Según indubitadamente surge de su Exposición de Motivos, la explícita intención de la Ley 69, "es garantizar la igualdad de derecho al

empleo tanto del hombre como de la mujer, prohibiendo las actuaciones de los que promueven el discrimen". (subrayado nuestro) Al igual que el origen de la prohibición constitucional sobre discrimen por razón de sexo, tuvo como norte, "reconocer el advenimiento de la mujer a la plenitud del derecho y a la igualdad de oportunidades con el hombre", asimismo la Ley 69 expresamente tuvo el objetivo de, "requerir el estricto cumplimiento del derecho de la mujer a tener igualdad en el empleo y que no se discrimine por razón de su sexo". (subrayado nuestro) *Ex parte AAR*, 187 DPR 835, 865-866 (2013); Exposición de Motivos de la Ley 69. Añádase que el Art. 2 de la Ley 69 define el concepto "Por razón de sexo" de la siguiente manera:

> Incluye, pero no se limita, debido a o en base de embarazo, parto, o condiciones médicas relacionadas; y las mujeres afectadas por embarazo, parto o condiciones médicas relacionadas recibirán igual trato para todo propósito relacionado con su empleo, incluyendo el recibir beneficios bajo los programas de beneficios marginales, como otras personas que no estén afectadas del mismo modo, pero que sean similares en su habilidad o inhabilidad para trabajar. (subrayado nuestro) 29 LPRA sec. 1322

Cabe también destacar brevemente aquí, que similarmente la Ley Núm. 115 de 20 de diciembre de 1991, mejor conocida como la Ley de Represalias, 29 LPRA sec. 194, *et seq*, crea una causa específica de acción sobre daños y perjuicios contra cualquier patrono que discrimine contra algún empleado por ofrecer o intentar ofrecer información o testimonio ante algún foro legislativo, judicial o administrativo. *Rivera Prudencio v. Mun. de San Juan*, 170 DPR 149, 159 (2007).

De otra parte, la Rama Legislativa aprobó la Ley 17 consciente de que la Ley 100 no prohibía expresamente el hostigamiento sexual. Esta legislación estableció la política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico con relación al hostigamiento sexual en el empleo como una forma de discrimen por sexo. Como tal se reconoció que el hostigamiento sexual en el empleo

constituye una práctica ilegal e indeseable que atenta contra el principio constitucional de que la dignidad del ser humano es inviolable. Artículo 1, Ley 17, 29 LPRA sec. 155; *U.P.R. Aguadilla v. Lorenzo Hernández*, 184 DPR 1001, 1015 (2012); *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, 156 DPR 651, 661-662 (2002); *Delgado Zayas v. Hosp. Int. Med. Avanzada*, 137 DPR 643, 651 (1994).

El hostigamiento sexual en el empleo tiene dos modalidades. Por un lado está el hostigamiento equivalente al *quid pro quo*, mientras el otro se refiere a la modalidad de hostigamiento por ambiente hostil. *In re Robles Sanabria*, 151 DPR 483, 498-503 (2000). El Artículo 3 de la Ley 17, 29 LPRA sec. 155b, define el hostigamiento sexual del siguiente modo:

> El hostigamiento sexual en el empleo consiste en cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado, requerimientos de favores sexuales y cualquier otra conducta verbal o física de naturaleza sexual o que sea reproducida utilizando cualquier medio de comunicación incluyendo, pero sin limitarse, al uso de herramientas de multimedios a través de la red cibernética o por cualquier medio electrónico, cuando se da una o más de las siguientes circunstancias:
>
> (a) Cuando el someterse a dicha conducta se convierte de forma implícita o explícita en un término o condición del empleo de una persona.
>
> (b) Cuando el sometimiento o rechazo a dicha conducta por parte de la persona se convierte en fundamento para la toma de decisiones en el empleo o respecto del empleo que afectan a esa persona.
>
> (c) Cuando esa conducta tiene el efecto o propósito de interferir de manera irrazonable con el desempeño del trabajo de esa persona o cuando crea un ambiente de trabajo intimidante, hostil u ofensivo.

Los incisos (a) y (b) del Art. 3 de la Ley 17 prohíben el hostigamiento sexual en su modalidad *quid pro quo* (a cambio de algo). Por su parte, según resaltado antes, el inciso (c) del Art. 3 de la Ley 17 prohíbe el hostigamiento sexual en su modalidad de ambiente hostil. *Albino v. Ángel Martínez, Inc.*, 171 DPR 457, 471 (2007); *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, supra, pág. 662; *Delgado Zayas v. Hosp. Int. Med. Avanzada*, supra, pág. 653.

La modalidad de ambiente hostil se ha identificado y explicado por el Tribunal Supremo como la situación en la cual un empleado, independientemente del puesto que ocupe, se ve obligado a laborar en un ambiente que le resulta ofensivo o abusivo, a la luz de los actos del sujeto hostigador. *Delgado Zayas v. Hosp. Int. Med. Avanzada*, supra, pág. 653; *Rodríguez Meléndez v. Sup. Amigo, Inc.*, 126 DPR 117, 131-132 (1990). Indisputadamente, se ha resuelto que cualquier empleado, sin importar su rango o puesto en el empleo (empleado del patrono, el patrono, sus agentes o supervisores), puede crear un ambiente hostil. *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, supra, pág. 663; *Delgado Zayas v. Hosp. Int. Med. Avanzada*, supra, pág. 653.

En el análisis de si determinada conducta es constitutiva de hostigamiento sexual en cualquiera de sus dos modalidades (*quid pro quo* o ambiente hostil), el juzgador deberá tomar en consideración la totalidad de las circunstancias y los hechos particulares del caso ante sí. Art. 4, Ley 17, 29 LPRA sec. 155c; *Albino v. Ángel Martínez, Inc.*, supra, pág. 471.

Por su parte, el hostigamiento sexual en su modalidad de ambiente hostil, está presente cuando la conducta sexual respecto a un individuo tiene como efecto interferir irrazonablemente con el desempeño de su trabajo o de crear un ambiente laboral intimidante, hostil u ofensivo. *Albino v. Ángel Martínez, Inc.*, supra, pág. 472. No obstante, la conducta exhibida por el hostigador no tiene que ser de naturaleza explícitamente sexual, resulta suficiente que el hostigamiento se dirija a la víctima <u>por razón de su sexo</u>. No se requiere que la conducta produzca un daño económico en su víctima. Es necesario que la conducta del hostigador sea "lo suficientemente severa y ofensiva como para alterar las condiciones del empleo y crear un ambiente de trabajo abusivo". Id. Así, para identificar si la conducta imputada en el

caso particular constituye hostigamiento sexual en su modalidad de ambiente hostil, el juzgador deberá considerar:

1) la naturaleza de la conducta alegada;

2) la frecuencia, intensidad y duración de la conducta;

3) el contexto en el que ocurre la conducta, y

4) la conducta y las circunstancias personales de la alegada víctima. *Albino v. Ángel Martínez, Inc.*, supra, pág. 472.

El anterior examen no es uno matemático, por lo que debe analizarse desde la vertiente subjetiva de la víctima y desde la perspectiva objetiva de una persona razonable. *Delgado Zayas v. Hosp. Int. Med. Avanzada*, supra, pág. 655. El examen subjetivo requiere que la víctima de la conducta la identifique como una de tipo hostigadora o intimidante. Por su parte, el examen objetivo requiere que se analice si razonablemente la conducta exhibida crea un ambiente hostil o intimidante.

En *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, supra, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de resolver un caso sobre hostigamiento sexual en su modalidad de ambiente hostil entre personas del mismo sexo. Expresamente manifestó el supremo foro judicial lo siguiente:

> Es un hecho indiscutible que, tradicionalmente, es la mujer la que suele ser la víctima de ataques discriminatorios por razón de su sexo. Esto así, como una consecuencia de los patrones culturales existentes, en los cuales por mucho tiempo se ha concebido al hombre como una figura hegemónica. Exposición de Motivos de la Ley Núm. 17, ante, 1988 Leyes de Puerto Rico 80. No obstante ello, aunque la víctima típica suele ser la mujer, precisa destacar que la magnitud de este problema alcanza tanto a la mujer como al hombre; ambos pueden ser objeto de esta conducta, pues el hostigamiento sexual no es otra cosa que una ofensa repudiable contra la dignidad de todo ser humano que surge como resultado de cualquier conducta indeseada que ocurre en la relación de empleo y tiene un efecto adverso sobre las oportunidades de trabajo, el empleo mismo, sus términos y condiciones, o sobre el ambiente de trabajo en el cual se desempeña la víctima. Exposición de Motivos de la Ley Núm. 17, ante.
>
> Dada esta realidad, forzoso resulta reconocer que mediante la Ley Núm. 17, ante, no sólo se procura erradicar el problema de hostigamiento sexual en el empleo con respecto a su principal víctima, sino que, más bien, se

> intenta proteger a toda la fuerza laboral del consabido mal social indistintamente del sexo de su autor y de las formas en que pueda manifestarse. Dicho de otro modo, el factor decisivo en una reclamación por conducta constitutiva de hostigamiento no es si la misma se dio dentro de un contexto heterosexual. Más bien, lo determinante es que la conducta discriminatoria se dé en función del sexo de quien la padece, por lo que, si la reclamación satisface los requerimientos establecidos, encuentra cabida dentro del ámbito de protección de la ley.
>
> [...]
>
> Una correcta interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento jurídico no puede llevarnos a otra conclusión; resolver lo contrario sería establecer una distinción que, además de carecer de fundamento racional alguno, contravendría la tendencia legislativa que ha ido encaminada a lograr el fiel y verdadero cumplimiento con los mandatos de nuestra Constitución y, asimismo, a darle contenido real al principio establecido en nuestra Carta de Derechos de que la dignidad del ser humano es inviolable. *García Pagán v. Shiley Caribbean, etc.*, ante. Sin dudas, el reconocimiento de una causa de acción por hostigamiento sexual entre personas del mismo sexo responde al interés consagrado en las leyes laborales, cuya interpretación a favor de aquellos a quienes las mismas intentan proteger, como hemos afirmado anteriormente, ha de ser imperativa. [cita omitida] (énfasis original suprimido; subrayado nuestro) *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, supra, págs. 663-665.

Cabe recordar que para establecer un caso prima facie de hostigamiento sexual por ambiente hostil se debe probar que ha ocurrido más de un incidente de conducta sexual ofensiva. Un acto aislado aunque pudiera ser no deseado no origina una causa de acción. *In re Robles Sanabria*, supra, pág. 500.

Por último, precisa ilustrar que recientemente en *Ex parte AAR*, supra, pág. 869, el Tribunal Supremo aclaró que sexo no es lo mismo que género, y que "nunca ha resuelto que el discrimen por orientación sexual es una modalidad del discrimen por sexo". Id. No obstante, luego de la precitada decisión, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 22-2013, para añadir una prohibición de discrimen en el empleo por razón de identidad de género y orientación sexual. En lo aquí pertinente, se enmendó, *inter alia*, la Ley 100, para incluir la nueva modalidad de discrimen. Las enmiendas de la Ley 22 son prospectivas y entraron en vigor a

partir del 29 de mayo de 2013. Art. 23, Ley 22. Ni la Ley 69 ni la Ley 115 fue enmendada a los fines de la Ley 22.

III

El apelante nos invita a analizar si fue errado el dictamen de desestimación emitido por el TPI, en particular, si incidió el foro sentenciador al desestimar la causa de acción de discrimen laboral por orientación sexual.

El apelante alega que su reclamo de despido por represalias no está cimentado en la Ley 115, sino en la Ley 69 que prohíbe las represalias por discrimen por sexo. Colige que al tener una preferencia sexual de homosexualidad, está protegido del discrimen por razón de su sexo, si denuncia internamente la práctica de discrimen por sexo. A todas luces, erradamente el apelante estima como sinónimos sexo y género, a la vez que confunde la legislación aplicable. Sin embargo, en su *Querella* el apelante no alude a ningún procedimiento interno o queja que haya llevado a cabo con su patrono. Además, recordemos que para la fecha de los hechos del caso, nuestra casuística nítidamente estableció que sexo no es igual a género. *Ex parte AAR*, supra. Tampoco la Ley 69 ha sido enmendada para incluir la causa de represalias por discrimen por razón de género, pues como ya indicamos, su fin es proteger a la mujer del discrimen por razón de sexo.

El apelante también propone que la alegada desaprobación y las burlas de su patrono respecto a su preferencia sexual, figuran en la modalidad de ambiente hostil del hostigamiento sexual vedado en nuestro ordenamiento desde antes de la reciente enmienda a la Ley 100. Específicamente alude al caso de *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, supra, en el cual, el Tribunal Supremo reconoció que el hostigamiento sexual por ambiente hostil puede ocurrir entre personas del mismo sexo. Pierde de

perspectiva el apelante, una vez más, que sexo y género no son equivalentes. Así lo ha distinguido y reafirmado nuestra jurisprudencia. *Ex parte AAR*, supra. Añádase que en *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, supra, no se reconoció una causa de acción nueva sobre discrimen por género u orientación sexual. La referida opinión judicial lo que sí aclaró fue que el hostigamiento sexual por ambiente hostil puede ocurrir entre personas del mismo sexo. En su decisión, el supremo foro judicial no aludió al concepto género, identidad de género, ni preferencia u orientación sexual. Por todo lo cual, no puede el apelante pretender subsumir en la legislación protectora contra el discrimen por razón de sexo, sus reclamos sobre discrimen por preferencia u orientación sexual, los cuales más bien forman parte de la perspectiva de género que luego de los hechos del caso del apelante, fue incluida en la legislación laboral en controversia. Sencillamente el alegado reclamo esgrimido por el apelante no obtuvo reconocimiento estatutario sino hasta mayo de 2013 mediante las enmiendas introducidas por la Ley 22, mientras que los hechos del caso ocurrieron en septiembre de 2012 o antes.

Por su parte, los apelados acertadamente exponen que procede confirmar el dictamen apelado, puesto que el apelante no logró establecer mínimamente los hechos que aludieran a una reclamación válida sobre represalias y discrimen por razón de sexo, hostigamiento sexual en su modalidad de ambiente hostil, ni represalias al tenor de la Ley 115. Arguyen que el apelante insiste en equiparar sexo y género para valerse de una causa de acción inexistente a la fecha de los hechos que dan lugar a su *Querella*. Indican que el apelante parte de la errada premisa de que su orientación sexual está protegida por los precitados estatutos. Sin embargo, al momento de los hechos del caso, 2010-2012, el ordenamiento jurídico no prohibía el discrimen por orientación

sexual. Tal veda fue añadida por la Asamblea Legislativa en mayo de 2013 y su aplicación es prospectiva por virtud del Art. 23 de la Ley 22.

Por todo lo anteriormente esbozado, no le asiste la razón al apelante. Según redactadas, las alegaciones de su Querella no configuran una causa que amerite la concesión de un remedio, así como tampoco gozaba de jurisdicción el TPI para atender reclamos que aún no habían sido reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. Consecuentemente, aun examinadas las alegaciones en la luz más favorable al apelante, procedía desestimar el reclamo de discrimen por género u orientación sexual. Contrario a lo alegado ante nos, los precedentes jurisprudenciales previos a las enmiendas de la Ley 22 no favorecen la teoría del apelante. Por todo lo cual, el TPI procedió conforme a Derecho al emitir el dictamen apelado.

IV

En virtud de los precedentes fundamentos de Derecho, confirmamos la Sentencia Parcial del TPI.

Lo acordó y manda el Tribunal y lo certifica la Secretaria del Tribunal de Apelaciones. La Juez García García disiente con opinión escrita.

Lcda. Dimarie Alicea Lozada
Secretaria del Tribunal de Apelaciones

Estado Libre Asociado de Puerto Rico
TRIBUNAL DE APELACIONES
REGIÓN JUDICIAL DE SAN JUAN

GUSTAVO JAVIER BRODA PÉREZ Apelante Vs. PARRILLADA ARGENTINA GAUCHOS, INC.; GUILLERMO GSOTTSCHNEIDER POR SÍ Y EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES COMPUESTA CON IVONNE MÉNDEZ; ROBERTO TEMPESTINI POR SÍ Y EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES COMPUESTA CON ANA MARÍA UBRAICO; COMPAÑÍA ABC; FULANO DE TAL Apelados	KLAN201500878	Apelación procedente del Tribunal de Primera Instancia, Sala de San Juan Caso Núm.: KPE2013-4710 (504) Sobre: Despido Injustificado; Discrimen y Represalias

Panel integrado por su presidenta, la Juez García García, el Juez Hernández Sánchez y la Jueza Soroeta Kodesh

VOTO DISIDENTE DE LA
JUEZ GARCÍA GARCÍA

En San Juan, Puerto Rico, a de agosto de 2015.

Disiento de la decisión que toma el panel en el caso de epígrafe por considerar que no procedía la desestimación de la demanda en esta etapa del litigio. Si bien es cierto que al momento de los hechos del caso no se prohibía expresamente el discrimen por orientación sexual en la legislación protectora del trabajo, Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, ni en la Ley Núm. 69 de 6 de julio de 1988, ello no significa que no se pudiera interpretar como una causa de acción implícita en la modalidad de sexo o de género.

Reconozco, además, que como discute la mayoría del panel en la sentencia de este caso, en *A.A.R. Ex parte,* 187 DPR 835 (2013), el Tribunal Supremo por voz de la Jueza Asociada Pabón Charneco, refiriéndose a la prohibición de discrimen por sexo de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, expresó que ese Foro nunca había resuelto que el discrimen por orientación sexual fuera una modalidad del discrimen por sexo. Asevera, que debía quedar claro que el Informe de la Rama Judicial sobre Discrimen por Género que concluyó que el discrimen por orientación sexual es una modalidad del discrimen por género no se basó en la cláusula **constitucional** que prohíbe discrimen por sexo. *Íd.*, pág. 869.

En este caso las causas de acción alegadas por el demandante apelante que fueron desestimadas son parte de la legislación protectora del trabajador; no se tratan de reclamaciones de naturaleza constitucional que choquen con el dictamen supremo en *A.A.R. Ex parte, supra*.

La ley federal Título VII prohíbe el discrimen en el empleo por sexo entre otras modalidades. Esta ley no incluye expresamente una prohibición de hostigamiento sexual, sin embargo, en *Meritor v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986), el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió que la prohibición por sexo incluía una prohibición por hostigamiento sexual. Años después, en *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998), extendió la prohibición a situaciones de hostigamiento entre personas del mismo sexo. Reiteró que: "*Title VII's prohibition of discrimination "because of ... sex" protects men as well as women*". Además, el Tribunal hizo las siguientes expresiones ilustrativas de conducta hostigante:

> *We have emphasized, moreover, that the objective severity of harassment should be judged from the perspective of a reasonable person in the plaintiff's*

> *position, considering "all the circumstances." … In same-sex (as in all) harassment cases, that inquiry requires careful consideration of the social context in which particular behavior occurs and is experienced by its target. A professional football player's working environment is not severely or pervasively abusive, for example, if the coach smacks him on the buttocks as he heads onto the field—even if the same behavior would reasonably be experienced as abusive by the coach's secretary (male or female) back at the office. The real social impact of workplace behavior often depends on a constellation of surrounding circumstances, expectations, and relationships which are not fully captured by a simple recitation of the words used or the physical acts performed. Common sense, and an appropriate sensitivity to social context, will enable courts and juries to distinguish between simple teasing or roughhousing among members of the same sex, and conduct which a reasonable person in the plaintiff's position would find severely hostile or abusive.*

Luego de hacer estas expresiones, el Tribunal concluyó que el discrimen por sexo que consiste en hostigamiento entre personas del mismo sexo constituye una causa de acción implícita bajo el Título VII.

Al mismo resultado llegó nuestro Tribunal Supremo en *S.L.G. Afanador v. Roger Electric Co., Inc.*, 156 DPR 651 (2002). Son de importancia las expresiones del Tribunal que la mayoría del panel reproduce en la sentencia de este caso, pero le doy especial énfasis a la afirmación de que resolver que no procede una causa de acción por hostigamiento sexual entre personas del mismo sexo, sería establecer una distinción que "además de carecer de fundamento racional alguno, contravendría la tendencia legislativa que ha ido encaminada a lograr el fiel y verdadero cumplimiento con los mandatos de nuestra Constitución y, asimismo, a darle contenido real al principio establecido en nuestra Carta de Derechos **de que la dignidad del ser humano es inviolable**." (Énfasis nuestro).

En *Albino v. Ángel Martínez, Inc.*, 171 DPR 457,472 (2007), cuando el Tribunal Supremo discute la causa de acción de hostigamiento sexual señala que: "[L]a justiciabilidad de una

reclamación de ambiente hostil no requiere que dicha conducta produzca un daño económico y tampoco es indispensable que ésta sea de naturaleza explícitamente sexual; basta con que el hostigamiento o trato desigual se dirija a la persona únicamente por razón de su **género**."

En este caso el apelante alega que fue objeto de discrimen por conducta de naturaleza sexual, y suficientemente preocupante es su alegación de que fue objeto de una agresión por uno de los co-apelados, conducta que de ser cierta reflejaría un acto ilícito y hostigante. Es decir, el apelante alega que fue atacado en su dignidad y él percibe que la motivación del patrono para humillarlo y vejarlo por razón de su preferencia e identidad sexual. Tomando como ciertas sus alegaciones, como lo requiere la evaluación de una moción de desestimación, considero que la demanda debió seguir su curso incluyendo las causas de acción desestimadas.

Emmalind García García
Juez de Apelaciones