



Marzo 2011

EL ABORDAJE Y SU TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA CUBANA

Lic. Marla I. Delgado Knight

Profesora Instructora. Facultad de Derecho
Universidad de Ciego de Avila

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Knight Soto, M.I.: *El abordaje y su tratamiento en la normativa cubana*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011.
www.eumed.net/rev/cccscs/11/

Sumario: 1. Preámbulo. 2.El abordaje. Concepto y clases. 3.La producción del abordaje y sus consecuencias. 3.1 Deberes del Capitán al producirse el abordaje. 4. De los procedimientos en materia civil y penal para resolver los casos abordajes. 4.1 Pruebas para esclarecer el abordaje. 5. Consideraciones finales.

Palabras claves: abordaje, prueba testimonial, informe pericial, protesta marítima.

Resumen

1. Preámbulo.

Dentro de los casos de avería particular en materia de buque, tenemos que particularizar el abordaje por constituir uno de los riesgos principales de la navegación, así como por su reiteración en la actual etapa, con motivos del incremento en el tráfico marítimo y las propias características de los buques, dada la gran velocidad que alcanzan¹.

Nuestro Código de Comercio al referirse a los abordajes plantea que si un buque abordase a otro, por culpa, negligencia o impericia del Capitán, piloto u otro cualquiera individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial.²

Al buen decir de Francisco Fariña el abordaje no es otra cosa que el choque producido entre dos o más buques, ocasionándose daños, dejando establecido que el accidente tiene que ocurrir entre buques y que necesariamente tiene que haber daños.

La propia naturaleza jurídica del abordaje, al situarlo dentro de lo que se califica como elemento extracontractual, así como sus implicaciones en el orden económico y jurídico hacen que sea objeto de procesos legales complicados, sin entrar en factores de alcance como puede ser el hundimiento resultante de un abordaje.

2. El abordaje. Concepto y clases.

El abordaje en sentido amplio es definido como el choque o roce de un buque con otros produciendo u ocasionando daños inminentes.

A simple vista parece un concepto simplista y sin complejidades técnico – jurídicas, pero no es así, toda vez que del propio concepto se desprenden elementos que a la vez le son propios, y sin lugar a dudas indispensables para que se tipifique ese tipo de accidente marítimo y no otro. Estos elementos que hacen que dicho accidente cobre vida diferenciándose de los demás, son:

Contacto material real: aquí el contacto tiene que ser materia y real y que llegue a producir un daño, es preciso decir y aclarar contra quien se produce el contacto material, pero en este sentido si no es entre buques, entonces ya no estaríamos en presencia de un abordaje.

1

Cfr. ABREU FERNANDEZ, A.: *El derecho en el transporte marítimo*. Ed. Félix Varela, 2006, p. 137.

2

Vid. gr. artículo 826 del Código de Comercio.

Choque entre dos o más buques: Este elemento no da lugar a más explicación que la que su interpretación literal y gramatical se proponen, que tiene que ser necesariamente choque entre dos o más buques, de lo contrario no sería abordaje sino cualquier otro accidente.

Con daños resultantes: Una vez producido el contacto material entre dos o más buques, producto a ello tienen que existir daños resultantes, daños que afecten la navegabilidad del buque o el cargamento en sí y puede inculparse la indemnización de los daños producidos, sea por culpa o negligencia de ambos.

Clases de abordaje.

Una vez conceptualizado el abordaje de forma general, tenemos que ver que este accidente puede obedecer a distintas causas, y es por ello que veremos por separado los diferentes tipos o clases de abordajes:

Por abordaje fortuito se entiende que va a ser aquel accidente que se ha producido por un hecho imprevisto o siendo previsto no ha podido evitarse, es decir, no ha ocurrido por culpa, negligencia ni impericia de alguna de las partes.

El hecho fortuito debe probarse demostrándose que la conducta seguida se ha ajustado correctamente a las normas establecidas para la navegación; de este modo queda excluida la existencia de culpa.

Se han propugnado numerosos criterios jurídicos para establecer la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor; se ha pretendido diferenciarlos caracterizando la última por tratarse de verdaderas circunstancias objetivas que excluyen completamente la culpa, mientras que en el caso fortuito hay que deducir la no responsabilidad de la valoración de la diligencia, en relación con las circunstancias externas.

Por su parte, el abordaje culpable o culposo se produce a consecuencia de una conducta antijurídica consistente en la acción u omisión contraria a los deberes preestablecidos para evitar el abordaje³.

Este acto ilícito debe ejecutarse por una persona jurídica imputable y entre la culpa y el daño debe existir una relación de causalidad.

La culpa puede ser unilateral o concurrente; esto quiere decir, bien por uno de los buques o ambos, pero en el abordaje es muy frecuente que se produzca una culpa concurrente, esto es por el aporte de conductas antijurídicas en mayor o menor grado, por parte de los capitanes de los buques participantes en el siniestro.

3

Apud. ABREU FERNANDEZ, A. *El derecho... op. cit*, p,139.

La culpa en el abordaje se produce generalmente por haber omitido las provisiones reglamentarias en materia de navegación: no llevar o llevar mal las luces de posición, no dar las oportunas señales en caso de niebla, o no maniobrar la velocidad del buque en el mismo caso, etc.

Y por último, como su nombre lo indica, los abordajes dudosos no permiten formar un criterio definido y acertado acerca de que si ocurrió por circunstancias fortuitas o por culpa de uno o ambos buques. Las dudas pueden estar referidas a la causa de producción del accidente o a la imposibilidad de imputar culpa a uno o a todos los buques que intervienen.

3. La producción del abordaje y sus consecuencias.

Al producirse el abordaje, la eventualidad del siniestro es aleatoria, o sea, aunque el capitán de un buque actúe en las navegaciones que con él realiza con el máximo de celo y con la mayor pericia náutica, no puede descartar por completo la eventualidad adversa de sobrevenir una colisión.

Con ello cabe decir acertadamente que no es suficiente el acierto en el mando y maniobras del propio buque; es necesario para la evitación de las colisiones, la cooperación de los demás buques que navegan por los mismos parajes.

Es de este modo que el peligro de abordaje tiene por ello el mismo carácter aleatorio que los demás riesgos de la navegación, pero si el capitán no puede descartar en absoluto el accidente de acaecimiento de tal siniestro con otro buque, depende en gran medida de su pericia al atenuar o aminorar las consecuencias que aquella pueda alcanzar y sobre todo evitar la responsabilidad derivada del accidente, y en todo caso, ante el abordaje producido, el capitán tiene el deber de adoptar diversas medidas y determinaciones que son consecuencia del mando del buque y del cuidado que exigen los intereses que se le han confiado.

3.1 Deberes del capitán al producirse el abordaje.

Ya anteriormente se ha indicado que el accidente de abordaje puede revestir muy diversas características. Quedar afortunadamente limitado a ciertos daños en la obra muerta, arroses o raspones en los costados de los buques, o ser causa de graves averías, principalmente en los casos en que la roda de uno de los buques choca violentamente con el costado del otro. El buque que penetra de esta forma en cuña produciendo el abordaje en ángulo casi recto, no debe dar la máquina atrás a toda fuerza, como es frecuente, al ocasionarse la colisión. Esta maniobra, puede implicar el hundimiento del buque gravemente averiado por la penetración de una gran masa de agua a través de la brecha, a veces considerable, que ha ocasionado el choque.

Como primera medida por el capitán, es natural realizar una rápida inspección de los daños sufridos por el propio buque, a fin de adoptar las medidas contundentes para evitar su posible pérdida total. A estos fines debe contar el buque con el suficiente y eficaz material de prevención de estos accidentes; como tablones, cemento, encerados, etc.

En esta primera inspección después del abordaje, se debe comprobar principalmente mediante sondeo y observaciones, si se ha producido alguna vía de agua, en este caso es preciso adoptar urgentemente con todas las medidas de que se disponga, y las precedentes; taponar la brecha. Utilizando los botes en caso necesario, se verifica el reconocimiento provisional de los daños en el casco, roturas, desgarros y averías principales que puedan observarse. Durante el resto del viaje, si el buque puede proseguir, se debe sondear frecuentemente la sentina e inspeccionar las averías.

Hay que tener en cuenta que por su negligencia en la adopción de medidas, al no ser éstas razonables, como sería de un abandono prematuro e injustificado por parte de la dotación al producirse las averías y la entrada de agua a bordo, si se hundiese posteriormente el buque, esta circunstancia podría ser enfocada por el otro buque implicado en la colisión e inculpado de los daños, rechazando su responsabilidad por todas las ocasionadas por motivos del abordaje. Se alegaría justificadamente que en caso de haberse adoptado las medidas oportunas se habría podido evitar la pérdida total, circunscribiendo el perjuicio sufrido a los daños materiales causados.

Por tanto, en estos casos el capitán debe tomar rápidamente con serenidad y sin vacilaciones, las medidas que considere más eficaces, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, y el capitán tiene la obligación y el acuerdo de la mayoría para decidir el abandono; y en caso de hacerlo, tiene el deber primordial de llevar consigo los libros y documentos, y en caso de ser posible, los objetos de más valor, teniendo que justificar en caso de pérdida de libros y documentación, que hizo lo posible para salvarlos. Es por esto que el deber del capitán es permanecer a bordo, en caso de peligros, hasta la última esperanza de salvarlo.

a) Pedir auxilio si fuese necesario:

En caso de haber sufrido el buque daños en el abordaje, que le imposibiliten para refugiarse en un puerto próximo, navegando por sus propios medios, el capitán debe recurrir a pedir auxilio o asistencia. Y existiendo la posibilidad de comunicarse con los armadores o consignatarios del buque, en el puerto más próximo debe ponerse inmediatamente en comunicación con ellos, y esperar sus instrucciones. Si el salvamento del buque fuese apremiante y no diese tiempo a esperar esas instrucciones, podrá bajo su responsabilidad después de las llamadas de socorro, aceptar los auxilios que pueda ofrecer otro buque que navegue próximo, formulando la reserva de que los auxilios que se presten se entenderán concertados bajo la fórmula genérica no cure no pay (no se cobra si

no hay salvamento) y a reserva también de la fijación posterior de su importe mediante acuerdo entre los armadores del buque asistido y los del asistente, o mediante arbitraje en caso necesario. Los principios relativos a estos auxilios están contenidos en el convenio internacional de Bruselas del 23 de septiembre de 1910.

El Capitán debe además tomar nota de todos los detalles relativos al abordaje:

En cuanto sea posible, después de las medidas de carácter urgente, el capitán debe tomar nota de todas las circunstancias concurrentes en el abordaje, evitando confiarlos a memoria. Estos datos han de ser revisados y estudiados posteriormente para discriminar las responsabilidades del abordaje, teniendo en cuenta lo que conste en el diario de navegación y cuaderno de máquinas.

A estos fines, es preciso anotar siempre la situación de los buque con exacta posición del buque propio – latitud y longitud – en el preabordaje, los factores de mar y viento reinantes, visibilidad, si se llevaban a bordo en caso de haber ocurrido el siniestro durante la noche, las luces reglamentarias correctamente encendidas, así como los que se avistaron con otro buque, hora precisa de avistamiento y tiempo que medió entre éste.

Todos estos datos, repetimos, han de ser trasladados en forma escrita al diario de navegación y a la protesta. Por ello es muy importante su escrupulosa precisión, evitando que posteriormente puedan ser contradichos y considerados faltos de veracidad, estableciéndose con ello una presunción en contra del buque por alteración de los hechos.

Es bastante frecuente en la jurisprudencia sobre abordajes el caso de rechazar todo el testimonio del capitán de un buque por aparecer en el diario de navegación, figuran los hechos tergiversados, o sea, hacen constar datos a los que las pruebas o declaraciones ulteriores le han restado crédito necesario para ser considerados.

La asistencia mutua en estos casos constituye esta un deber primordial de humanidad y cooperación profesional ante los riesgos de navegación.

El Convenio Internacional de Bruselas de 23 de septiembre de 1910, para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, plantea que: el capitán de cada uno de los buques está obligado, en cuanto sea posible hacerlo, sin serio peligro para su buque, dotación, pasajeros, a prestar auxilio al otro buque, a su dotación y a sus pasajeros⁴.

Es necesario en estos casos que se lleve a cabo la comunicación mutua de los nombres de los buques.

4

Vid. gr. Convenio Internacional de Bruselas de 23 de septiembre de 1910.

El mismo Convenio Internacional relativo a abordajes, de 23 de septiembre de 1910, establece también la obligación que tiene todo capitán de dar a conocer a otro buque, en cuanto sea posible, el nombre y puerto de matrícula del suyo, así como como el lugar de procedencia y destino⁵; o sea, que para nuestro análisis constituye por tanto un derecho y un deber de los capitanes de buques que han intervenido en un abordaje, cualquiera que sea su importancia, ayuda a facilitar y obtener esos datos respecto al buque contrario, y esta medida tampoco encuentra generalmente contravenciones en la práctica de la navegación.

Medidas a la llegada a un puerto de refugio después del abordaje:

El capitán del buque que ha intervenido en un abordaje debe presentarse al arribo del buque a la autoridad de marina del puerto, dando cuenta del accidente, pero si el arribo se hace en un puerto extranjero, por ser el más próximo, debe presentarse también al Cónsul o representante consular. Siendo el puerto propio del buque y habiendo sufrido daños como consecuencias del abordaje, el capitán que la autoridad de la marina acuerde el reconocimiento pericial del buque, designando el perito o peritos que lo han de llevar a cabo. En puerto extranjero como anteriormente comentamos, el representante consular que debe instruir las primeras medidas y diligencias sobre el abordaje, tiene las mismas atribuciones en estos aspectos que la autoridad de marina.

Entendemos que mientras el capitán no esté procesado, puede, como representante legal de los armadores, formular estos escritos y solicitar las pruebas a que se aludió anteriormente. También podrán instalarlo los aseguradores del casco. Y en el mismo caso, deben admitirse los escritos que puedan presentar los aseguradores del cargamento. Las medidas relativas al cargamento pueden tener en algunos casos carácter apremiante, cuando ha sufrido averías, y para evitar la agravación de los daños por la permanencia a bordo, y para discriminar los que resulten directamente ocasionados por el abordaje y los que puedan sobrevenir posteriormente, o para acordar rápidamente la venta de mercancías averiadas, evitándose su pérdida total etc.

En el supuesto antes aludido de que el buque deba continuar su viaje para entregar el cargamento en otros puertos de destino, al entrar en el refugio, debe hacerse constar si el cargamento ha sufrido averías o daños. Si el cargamento ha sufrido daños, haya sido o no descargado para las reparaciones necesarias en el buque, una vez efectuado esto, procede autorizar que continúe el viaje a los puertos que debe ser entregado. La Ley de enjuiciamiento civil y las reglas de York – Amberes plantean en su caso: Todos esos documentos referentes a desembolso y gastos, deben ser visados y encontrando razonable su costo,

aprobados con el visto – bueno del Juez instructor o del Cónsul, entregándose una copia de los mismos a la agencia consignataria del buque.

El capitán a su vez deberá redactar con los mismos fines, las puntualizaciones de millaje recorrido desde el momento en que se abandonó la ruta normal, hasta el momento en que convergió la nueva ruta impuesta por la desviación con la normal y correspondiente al viaje del buque.

Los consumos extraordinarios de carbón o combustible líquido, aceites de toda clase exigidos por las reparaciones, así como por el millaje a que ha dado lugar y sus horas extras, así como cualquier otros gastos supletorios o accesorios de los anteriores, ocasionados por la misma causa. En esta documentación, insistimos en ello, será casi siempre necesario en el caso de arribada forzosa en un puerto de refugio después de abordaje, a los efectos de una liquidación de averías comunes, en cuyo inicio de trámites tendrá que comenzar necesariamente en el primer puerto en que sea preciso entregar parte del cargamento. Y antes de zarpar el buque al puerto de escala o destino, es preciso obtener un certificado de navegación del mismo, haciendo constar que después de las reparaciones definitivas, si la inspección del buque es en un puerto extranjero será por el representante de Lloyd's register si se considera que el buque se encuentra en buenas condiciones de navegabilidad. El juez instructor o Cónsul deben velar en los casos anteriores, porque todas estas medidas de reparaciones provisionales se lleven a cabo con la máxima garantía y principalmente con los costes razonables, pidiendo presupuesto si es posible a los distintos astilleros, factorías o talleres de reparaciones navales, teniendo muy en cuenta los plazos en que cada uno se compromete a realizar los trabajos, y una vez aceptados debe hacerse constar por escrito estableciéndose la penalidad que se acuerde por cada día de demora injustificada.

En caso de haber mediado asistencia o remolque para conducir el buque al puerto de arribada forzosa, después de un abordaje, como en toda esta materia de auxilio y salvamento corresponde también al juez instructor de la causa por abordaje, instruir en relación aunque con independencia de la misma, el expediente de indemnización por esos auxilios prestados tiene su tramitación especial, y si ultimadas las diligencias necesarias para acreditar las circunstancias en que tuvo lugar la prestación de auxilio, las partes interesadas se pondrán de acuerdo sobre la remuneración procedente y encontrándola razonable, el instructor sí puede admitir esta liquidación transaccional con su intervención.

Ahora bien, para la llegada al puerto de escala y posteriormente al de destino el Capitán debe cumplir determinadas obligaciones que pueden considerarse como complemento de las anteriores en el caso de haber tenido el buque que realizar antes arribada forzosa para reparaciones provisionales.

Debe efectuar la ratificación de la protesta, se exige ésta en parecida forma y circunstancias a la de la presentación de la protesta original. Naturalmente su formulario es algo más sencillo.

Lo mismo que la protesta original, el capitán debe solicitar un testimonio fehaciente de los encargados de la expedición de estos documentos.

Antes de la llegada a este primer puerto donde tenga que entregarse el cargamento o parte del mismo, el capitán debe pedir instrucciones a los armadores respecto a la liquidación posible de la avería. A la llegada a puerto debe ponerse de acuerdo con los consignatarios del buque sobre los detalles previos de iniciar esta liquidación. Habrá sido provisto con antelación un cálculo aproximado de los valores básicos, como elemento indispensable para la contribución provisional. Y tendrá el capitán preparado los compromisos de resarcimiento con la garantía o aval que han de suscribirse los destinatarios, o bien el depósito de la contribución que se fije como reparto a los diversos valores contribuyentes, como trámite para la entrega de la carga a los diversos receptores y de este modo las agencias consignatarias utilizando las facturas que presenten los destinatarios o mediante declaraciones de valores, o valoraciones periciales, establecerán los valores netos de cada partida a entregar y el porcentaje de contribución provisional, correspondiente a cada receptor, redactando la relación de todo ello en cada puerto de escala o en el puerto de destino del buque.

La tercera y última obligación del capitán es que al llegar el buque al puerto en que debe rendir viaje, tiene que formular nuevamente la ratificación de la protesta de la avería.

4. De los procedimientos en materia civil y penal para resolver los casos abordajes.

La acción civil tiene por finalidad la reparación de los daños y perjuicios causados como consecuencias de haberse producido el accidente; o sea, el abordaje; y teniendo en cuenta consecuencias en el ámbito penal con el propósito concreto de determinar si el hecho puede ser tipificado como un delito y puede identificarse a los responsables para que puedan ser conminados con la consecuencia jurídica penal a tal efecto: sanción penal.

Previamente fueron reguladas esas acciones, capaces de normar sanciones penales en diferentes cuerpos legales a saber: la Convención de Bruselas, la que trató dentro de sus objetivos la unificación de Bruselas con algunas normas relativas a competencia penal en dicha materia marítima y, para la unificación de otras leyes relativas al ámbito civil.

Ahora bien, según el Código de Comercio, si el abordaje tiene lugar entre naves cubanas en aguas extranjeras o si se verifican en aguas libres, y los buques arribaran a puertos extranjeros, en aquel puerto el Cónsul cubano deberá instruir la sumaria investigación del suceso, remitiéndole el correspondiente expediente a la autoridad que se corresponda con el puerto más cercano e inmediato para su posterior solución. Este procedimiento le otorga al capitán la facultad de

delegar en uno de sus empleados para que estos últimos se encarguen de la instrucción de dicho expediente. En estos expedientes deberá hacerse constar circunstancias tales como la situación del buque, el fracaso de la maniobra del dañador, así como la omisión o imposibilidad del abandono para evitarlo. De dicho trámite se deberá recoger declaración de tres o cuatro individuos principales de ambas tripulaciones acreditando en este sentido las averías y daños causados.

Una vez transmitido este paso se hace un informe para el capitán del puerto, donde éste nombrará cuatro pilotos dirigidos por él, consignando su grado de responsabilidad o no de las averías causadas al dañador, extendiéndose acta de este acuerdo, el cual deberá ir firmado por todos.

Conforme al artículo 1 de la Convención Internacional de ciertas reglas relativas a la competencia penal sobre el abordaje de Bruselas del 10 de mayo de 1952, se establece que en caso de abordaje o cualquier otro accidente de navegación concerniente a un buque de navegación marítima y de tal, neutralizar que comprometa la responsabilidad penal o disciplinaria del capitán o cualquier otra persona al servicio del buque no podrá incoarse ningún procedimiento sino ante las autoridades administrativas o judiciales del estado cuyo pabellón enarbola el buque en el momento en que se produce el accidente de navegación o abordaje⁶.

Ahora bien, distinto es el caso establecido por el propio cuerpo legal relativo a la competencia en materia civil. En este caso y atendiendo al propio artículo 1 se plantea que por abordaje ocurrido entre buques de navegación marítima; entre estos y embarcaciones de navegación interiores parece establecerse únicamente antes:

- a) El tribunal de la residencia habitual del demandado o el lugar de uno de sus establecimientos de explotación;
- b) Ante el tribunal del lugar en que se haya practicado un embargo del buque demandado, o de otro buque que pertenezca al propio demandado en el caso en que dicho embargo hubiera podido ser practicado y en el que el demandado haya prestado caución o cualquier otra garantía.
- c) El tribunal del lugar del abordaje cuanto este haya sido causado en los puertos, así como en las aguas interiores.

Según consta en el apartado 2 del propio artículo primero, la disección de elección para acudir a un tribunal u otro, de los antes indicados, corresponde al

6

Vid. gr. artículo 1 de la Convención Internacional de ciertas reglas relativas a la competencia penal sobre el abordaje de Bruselas del 10 de mayo de 1952.

demandado para establecer la acción. El referido artículo prosigue en el apartado 3 planteando que el demandado no podrá deducir contra él mismo una nueva acción basada en los mismos hechos ante otra jurisdicción sin que desista de la antes establecida, dándosele de esta forma una garantía al proceso contra el demandado; amén de que si el demandante no desista se tenga al asunto como causa juzgada.

Por tanto, en virtud de dicho artículo, no podrá decretarse ningún embargo o retención del buque, aún cuando se pretenda practicar como medida de instrucción, por actividades que no sean aquellas cuyo pabellón enarbola el buque. Por tanto es preciso aclarar que la norma precepto contenida en el artículo 1 según lo plantea el artículo 2, no perjudican en ninguna circunstancia, el derecho de las partes de deducir una acción por razón de abordaje ante la jurisdicción que haya elegido de común acuerdo ni el de someterla al arbitraje.

El abordaje como accidente a fin regulado por normas de derecho, entraña una relación jurídico-marítima, en la que se establecen derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el mismo.

Tal es así que conforme el código de comercio en su artículo 826, si un buque abordase a otro por culpa negligencia o impericia del capitán, piloto otro cualquier individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios conforme el artículo 835, cuando se produce un abordaje culposo, se le otorga la acción para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero exigiendo para su ejercicio un requisito previo: la protesta en el plazo establecido, es importante destacar que en cuanto a la acción civil dicho en el párrafo precedente, el artículo 586 del Código de Comercio, el propietario y el naviero son civilmente responsables de los actos del capitán; lo entiende otro fundamento del propio cuerpo legal en su articulado 837, en el cual la responsabilidad del naviero está limitada al valor de la nave en sus pertinencias y fletes devengados en el viaje.

Así también el artículo 618 del citado Código, declara civilmente responsable al capitán para con el naviero, de todos los daños que sobrevengan del buque y su cargamento por impericia o descuido de su parte, esto es, independientemente de la responsabilidad penal que sea exigible en el caso, así también como por los daños que pudieran ser causados para la inobservancia de las normas cautelares en el reglamento, en situación de luces y maniobras para evitar abordajes.

No obstante, si el abordaje fuese imputable a ambos buques, cada uno de ellos, soportará su propio daño, y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados. El artículo 827 del código de comercio y siguiente plantea que: la disposición regulada en el artículo precedente es aplicable al caso en que no puede determinarse cual de los dos buques, ha sido el que realmente produjo el abordaje.

Por otro lado si un buque abordare a otro por causa fortuita o fuerza mayor, cada uno de los buques responderá sus propios daños artículo 830. Además nos plantea el articulado siguiente: que si un buque abordare a otro, obligado por un tercero, indemnizará los daños y perjuicios que ocurrieron, el naviero de este tercer buque, quedando el capitán responsable civilmente para con dicho naviero.

4.2 Pruebas para esclarecer el abordaje.

Estas pruebas son de vital importancia a nuestro análisis, ya que sin las mismas no se podría esclarecer el sistema de la responsabilidad en el abordaje, la reglamentación internacional en materia de abordajes hace alusión a dichas pruebas, a las que haremos mención detalladamente.

El principio general de la libre apreciación de la prueba por el juez.

En todo abordaje es preciso esclarecer a quien es imputable la culpa y si aparece que ambos buques son culpables, valorar con responsabilidades respectivas a cada uno de ellos.

Generalmente se admite que todos los medios de pruebas del derecho común son utilizables para el esclarecimiento de las causas del abordaje. Este aporte de pruebas debe ser dirigido y de iniciativa del juez instructor que tramite una causa por abordaje.

En la prueba de las responsabilidades de un abordaje figuran principalmente los testimonios de las dotaciones de cada uno de los buques, los elementos de juicio deducidos del diario de navegación, del cuaderno de máquinas o motores, la constatación de algunas circunstancias de los daños observados en los buques, informe técnico y aún la prueba de indicios que en estos casos debe establecerse sobre una base sólida de experiencia profesional deducida de hechos probados por el juez.

La prueba testimonial.

En materia de abordaje, es más frecuente que en vez de aparecer coincidentes los testimonios de las dotaciones de ambos buques, resulten contradictorios en puntos importantes, como son los relativos al momento del avistamiento, a la distancia y tiempo transcurrido hasta producirse la colisión, a las maniobras realizadas y señales emitidas, etc. Unas veces obedece esta discrepancia a los fallos y anomalías del testimonio humano, que en la mayoría de los casos, la prueba testifical aparece viciada por deformación deliberada para hacer recaer la responsabilidad sobre el buque contrario.

Este aspecto de la prueba testimonial aparece aún más complejo en algunos casos de abordaje en que no puedan obtenerse los testimonios principales de

uno de los buques por haber perecido en el siniestro los que hubieran podido ofrecerlo.

Y como casos concretos tenemos el abordaje entre el Victory naviero y el Listrac, el 30 de julio de 1949, hundiéndose el último y pereciendo su capitán y el mecánico, se destacaron estas dificultades.

El abordaje entre el American Trader y un remolcador en el Támesis en 1931, al desaparecer en el siniestro todos los tripulantes del remolcador, imputando a éste los del otro buque la culpa de la colisión, por haberse atravesado en su derrota y no haber producido las señales acústicas reglamentarias, el tribunal inglés que conoció de este caso, declaraba que habiendo ocurrido un abordaje, resultando hundido el buque abordado, ahogándose todos los tripulantes, no podía sostener que la carga de la culpa incumbe a los cargadores.

Con lo anteriormente dicho, a nuestro criterio, esa prueba es y debe ser siempre obligación de los abordados. Pero si los testigos del buque abordado parecen sinceros, el juez no puede menos de aceptar el relato que ellos hacen del accidente. Si con unanimidad afirman que no se ha oído ninguna señal fónica del buque abordado, esta afirmación debe ser admitida porque su negación sería inexplicable y constituiría una locura en caso contrario.

Es por ello que hay que buscar en estos casos de testimonios discrepantes los puntos de coincidencias que puedan aparecer como base de la prueba y en las contradictorias el juez, con plena libertad de apreciación tendrá que hacer la necesaria crítica de los datos expuestos por las partes adversas, para dar preferencia a las declaraciones que le parezcan más veraces y verosímiles, el juez puede rechazar completamente testimonios que, a su juicio han sido previamente preparados por los tripulantes de uno de los buques.

La prueba documental.

Para este tipo de prueba se concede mayor importancia, en las pruebas de circunstancias concurrentes en un abordaje, al diario de navegación. Pero las anotaciones en el mismo han de aparecer con los requisitos de buena fe, sin rasgaduras ni enmiendas y el documento debe ser presentado dentro del plazo legal de las 24 horas de la llegada al primer puerto después del abordaje.

Hay que confrontar los diarios de navegación de ambos buques y anotar escrupulosamente sus coincidencias y discrepancias. En muchos casos, el cuaderno de máquinas o motores constituye la prueba complementaria del diario de navegación al hacer referencia entre sus particulares de las órdenes dadas por el puente a la máquina. De este modo existe una frondosa jurisprudencia de los diversos tribunales relativa a la valoración de estas pruebas documentales, pero este es un aspecto de apreciación de la prueba en el que no pueden establecerse más que vagos principios generales, siendo casi todas decisiones de un carácter predominante cáustico. Como ejemplo de algunas

interpretaciones más generales seleccionamos algunas de estas sentencias: En una sentencia británica de 1923, se declara: cuando existe dudas respecto a la maniobra que ha sido efectivamente realizada por el buque en el momento del abordaje, debe considerarse mayor crédito a los testimonios concordantes relativos a la maniobra en cuestión, que a las menciones del diario de navegación y cuaderno de bitácora del otro buque, que tienden a demostrar que el primer buque ha realizado una maniobra distinta de la especificada por los testigos.

En otras sentencias se formulan también algunas declaraciones de interés como normas generales: el diario de navegación bien llevado hace fe, salvo prueba en contrario, de los acaecimientos de navegación y de las maniobras en él relatados, principalmente del grado de enmienda del peligro de un abordaje, de la rapidez de cambio de rumbo y de la relación que haya podido tener esta maniobra con el siniestro.

Cuando las anotaciones del diario de navegación han sido raspadas y enmiendas, una presunción admitida tradicionalmente permite suponer que las anotaciones raspadas constituían una prueba desfavorable para el buque. Y da más valor a esta presunción el hecho de aparecer igualmente enmendadas esas notas en el cuaderno de máquinas y otros libros de a bordo.

Los responsables derivados de un abordaje no se pueden decidir sobre la base de los datos del diario de navegación, cuando aparecen contradictorios y no exista fundamento alguno para dar la preferencia a uno sobre otro.

El cuaderno de máquinas de un buque puede formar un elemento de prueba cuando se lleva con minucioso cuidado, e indica, en días y momentos precisos los principales movimientos ejecutados, la naturaleza y la transmisión de las órdenes recibidas.

El informe pericial.

El informe pericial aparece reconocido en todos los tribunales como un elemento de juicio sobre el abordaje de carácter muy relevante. Pero el juez tiene pleno arbitrio para admitir o discrepar de sus opiniones. Como lo indica su nombre, esta prueba tiene un carácter meramente informativo y los peritos no deben declarar responsabilidades ni irresponsabilidades algunas respecto a los hechos sometidos a su apreciación. Su dictamen se suscribe al estudio de todas las circunstancias del hecho, de los documentos y declaraciones de ambas partes, a precisar a su juicio los datos admisibles como más verídicos, al examen de las maniobras realizadas, a los cálculos de situación de los buques, de las velocidades, y todas las observaciones que puedan considerar útil para el esclarecimiento de los hechos.

Es por ello su gran importancia, y varias decisiones de los tribunales reafirman el derecho absoluto de los jueces en la valoración de los informes periciales. Pero contra sus conclusiones no pueden admitirse razonamiento meramente hipotéticos, como ejemplo tenemos una sentencia Belga, el informe pericial declara lo siguiente: los peritos nombrados en un asunto de abordaje cumplen su misión como ellos creen que deben desempeñarla, pero el tribunal puede tener en cuenta las críticas dirigidas contra su informe, los peritos no tienen por misión realizar verdaderas investigaciones respecto a los cuales el juez no puede delegar sus poderes, sino hacer una simple información, y nada los obliga si no se les ha comisionado especialmente a la audición de personas ni a interrogarlos sobre las circunstancias del siniestro.

La protesta marítima.

En el abordaje, la protesta marítima es la declaración del capitán del buque ante un órgano competente, en el cual se expresan las circunstancias más importantes de un accidente marítimo y las medidas tomadas por el mando del buque para evitarlo o para liquidar completa o parcialmente sus consecuencias desfavorables.

Las protestas marítimas son una prueba importante, de una u otras circunstancias y de las medidas tomadas por el capitán. Prueba los hechos concretos pero al igual que cualquier prueba, puede ser refutada por medio de la presentación por las personas interesadas de otras pruebas que expresen con mayor exactitud y objetividad las circunstancias reales de lo sucedido, y de este modo el armador no tiene que presentar ninguna otra prueba excepto la protesta, mientras tanto el contenido de la misma no sea refutado por la parte contraria.

El capitán es responsable de los daños y perjuicios que se deriven o se ocasionen a los cargadores, al no haber hecho las declaraciones necesarias en el puerto de descarga o arribada; y según el artículo 835 del Código de Comercio, plantea que a falta de protesta o su omisión, es causa bastante para no admitir la acción para el resarcimiento de los daños y perjuicios que se deriven del abordaje; y en su artículo siguiente plantea que excepto en los casos en que los interesados no se hallaban en el buque o no estaban en condiciones de manifestar su voluntariedad, el capitán no es responsable de los daños y perjuicios ocasionados. En los casos de abordaje esta protesta es necesaria, pues de no efectuarse se perjudica la acción para pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

La acción para resarcir de daños y perjuicios que se deriven de los abordajes, no podrá admitirse si no se presenta la protesta dentro de las 24 horas, o declaración ante la autoridad competente del primer puerto en que tuviese lugar el abordaje o el primer puerto de arribada del buque; en caso de que suceda esto en Cuba se debe presentar la protesta ante el cónsul de este país. Si

ocurriere en el extranjero se debe hacer ante el representante de Cuba en dicho lugar.

5. Consideraciones finales.

Resumiendo todos los conceptos dados sobre abordaje, se puede decir que se trata de una colisión entre buques o embarcaciones autopropulsadas con resultados dañosos. De esta definición se infiere que quedan excluidos aquellos choques o embestidas producidas por embarcaciones sobre objeto fijo; como son muelles y otros.

Es innegable que la expansión del comercio internacional por vía marítima ha traído consigo el aumento del número de embarcaciones en el mundo, así como la necesidad de construir buques de mayores dimensiones y de más velocidad, por tanto, existen más posibilidades de que se produzca un mayor número de colisiones.

Aunque solo hemos tocado algunos aspectos del abordaje, podemos percatarnos de su gran incidencia dentro de los riesgos de la navegación.

El accidente de abordaje marítimo, es el choque o roce de un buque con otro produciendo u ocasionando daños; se destacan como elementos, el contacto material, el choque de dos o más buques y un daño resultante, así, el abordaje puede ser fortuito o culposo. Uno, cuando exista un hecho imprevisto o aun revisto no evitable, y otro, como consecuencia de una acción u omisión contraria a los deberes para prevenir un abordaje. En cuanto a la Ley aplicable ha de tomarse en consideración el lugar del abordaje; si ocurre en alta mar no rige otra ley que la del buque o buques, si tienen la misma nacionalidad se regirán por ésta, pero si tienen banderas o nacionalidad diferente, el abordaje no se regirá por la ley de uno de los buques, o por la de dos o más buques intervinientes, sino que hay que considerar por ejemplo los nueve sistemas planteados por Bustamante. Por último, se atenderá a un tratamiento diferenciado cuando el abordaje es fortuito y no hay responsable, o cuando alguno es culpable, lesiona imprudente o intencionalmente la propiedad ajena.

Bibliografía

I Fuentes doctrinales

ABREU FERNANDEZ, A., *Fundamentos del Derecho Marítimo y Comercial*, Editorial ENPS, La Habana, 1990; **ABREU FERNANDEZ, A.**, *El derecho en el transporte marítimo*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006; **ALVAREZ BOUEDT, B.**, *Las averías en el Derecho Marítimo*, Ed. Producciones MES, La Habana, 1998; **BATISTA, D y GARCIA, L.A.**, *Economía marítima internacional*, Ed. Científico Técnica, La Habana, 1986; **FARIÑA, F.**, *Derecho comercial marítimo*. Ed. Bosch, Barcelona, 1956; **FARIÑA, F.**, *Abordajes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958; **JIMENEZ SANCHEZ, J.**, *Derecho Mercantil*, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1990; **MOSSA, L.**, *Derecho Mercantil*, Primera Parte, UTEHA, Buenos Aires, 1940; **OJEDA RODRIGUEZ, N.**, *Derecho de contratos*, tomo 1 - *Teoría general del contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003; **SANCHEZ DE BUSTAMANTE, A.**, *El mar territorial*, Ed. Universidad de La Habana, 1957; **SANCHEZ ROCA, M.**, *Las leyes civiles de Cuba y su jurisprudencia*, vol I, Ed. Lex, La Habana, 1952.

II Textos legales

Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 hecho extensivo a Cuba el 28 de enero de 1886.

Código Civil cubano. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987

Ley No. 5 Código Penal.

Ley No 7 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral y Económico.

Convención Internacional de ciertas reglas relativas a la competencia penal sobre el abordaje de Bruselas del 10 de mayo de 1952.