



Resolución Jefatural

N° 043 - 2021-ACFFAA

Lima, 19 de Agosto del 2021

VISTOS:

El recurso de apelación de fecha 27 de julio de 2021 presentado por el Consorcio ANTONOV SALIS GMBH – TALISA GLOBAL BUSINESS S.A contra la Resolución Directoral N° 000004-2021-DEC-ACFFAA de la Dirección de Ejecución de Contratos; y el Informe Legal N° 000188-2021-OAJ-ACFFAA de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Carta N° 000027-2021-SG-ACFFAA de fecha 15 de junio de 2021, se comunicó al Consorcio ANTONOV SALIS GMBH – TALISA GLOBAL BUSINESS S.A., el adelante el Consorcio, el inicio del procedimiento de observación por haber incurrido presuntamente en el incumplimiento de “Ocasionar que el OBAC resuelva total o parcialmente el contrato, Orden de Compra u Orden de Prestación de Servicio, siempre que dicha resolución haya quedado firme o consentida en vía conciliatoria o arbitral.”, tipificada en el Anexo 01 de la Resolución Jefatural N° 102-2020-ACFFAA, que aprobó la Directiva DIR-DEC-003, Versión 00 “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, respecto al proceso de contratación en el mercado extranjero RES PROC N° 007-2020-EP/UE 0822-1 para la “Adquisición Repuestos para Aeronaves de Transporte Avión Antonov AN-32B de la Aviación del Ejército”, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus descargos correspondientes;

Que, mediante Carta S/N de fecha 21 de junio de 2021, el Consorcio en el marco de lo señalado de Directiva “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, solicita ampliar el plazo para la presentación de descargos, solicitud que fue otorgada a través de la Carta N° 000030-2021-SG-ACFFAA;

Que, mediante Carta S/N de fecha 25 de junio de 2021, el Consorcio formula sus descargos indicando que:

FUNDAMENTOS FACTICOS

- El proceso de contratación se inició luego de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declare la Pandemia por los brotes de Covid-19, por lo que ante ese evento extraordinario, imprevisible de desconocimiento en cuanto a su culminación, todos los países del mundo, principalmente el gobierno de Ucrania dictó resoluciones que disponían el confinamiento de sus país y restricciones para todas las empresas públicas y privadas del Estado dedicadas a la producción y fabricación de componentes de aeronaves.
- A los 3 días de firmado el contrato, solicitó a la empresa ANTONOV (fabricante) la producción y suministro de repuestos para aeronaves, obteniendo como respuesta que dichos bienes pueden ser entregados en 3 meses aproximadamente, precisando, que dicho plazo dependía de las disposiciones del Gobierno de Ucrania. Asimismo, indica que realizó un estudio de mercado con otras empresas ucranianas, obteniendo como respuesta que no están en la posibilidad de producir lo solicitado.
- Debido a la continuidad e incremento de las restricciones a nivel mundial, solicitó al Ejército del Perú, mediante Carta N° 004, de fecha 16 de noviembre de 2020, una ampliación de plazo por 90 días, sin embargo, la Entidad la autorizó por 60 días.
- Su distribuidor le informó que, para la fabricación de los ítems 7,8, 9 y 10 se requiere 18 meses aproximadamente y que ese plazo estaba sujeto a variación dependiendo a las disposiciones que emita el gobierno de Ucrania a causa de la pandemia. Siendo así, solicitó una modificación al contrato la cual consistía en el overhaul de los ítems 7 y 8, debido a la imposibilidad de la entrega en el plazo pactado. Sin embargo, el Ejército del Perú les comunicó que no era viable, indicando que el plazo para internar los artículos vencía el 20 de enero de 2021.
- En ningún momento han sido notificados válidamente de la Resolución Jefatural de la Aviación del Ejército, que aprueba la resolución parcial de contrato, hecho que vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa.
- Se invitó a una conciliación extrajudicial con la finalidad de explicar los motivos que impidieron entregar los 4 ítems faltantes, no llegando a ningún acuerdo.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

- Las partes suscribieron diversas clausulas sobre el Caso Fortuito o Fuerza Mayor, que otorgaban tanto al Contratista como a la Entidad, excepciones en las que podrían verse inmersos e imposibilitados por razones ajenas a su voluntad, a cumplir con sus obligaciones pactadas, en la cual se incluyó la Epidemia Mayor como un evento extraordinario que significaba la exclusión de responsabilidades para ambas partes, sin

De fecha: 19/08/2021

embargo, dichos eventos nunca fueron adecuadamente evaluados por la Entidad.

- Para que se configure un hecho como Caso Fortuito o Fuerza Mayor, se deben reunir tres características: i) que el hecho sea extraordinario, imprevisible e irresistible; ii) que el incumplimiento de la obligación no dependa ni este bajo control o dominio de las partes contratantes, siendo estas ajenas a la voluntad del contratista, y iii) disponer la continuidad del cumplimiento de las obligaciones una vez cesado el caso fortuito o fuerza mayor, hechos que la entidad no ha valorado.
- Se ha demostrado que, pese a los impedimentos por razones de Caso Fortuito o Fuerza Mayor advertidos, se realizaron todas las acciones y gestiones necesarias ante la empresa fabricante y otras empresas similares para cumplir con nuestras obligaciones convenidas, actuando con la Diligencia Ordinaria.
- Mediante Opinión N° 046-2020/DTN, OSCE dictó lineamientos para coadyuvar las relaciones contractuales sobre situaciones de Caso Fortuito o de Fuerza Mayor, indicando que, la configuración de un caso fortuito o de fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones, por lo que, la normativa en contrataciones del estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes.
- Mediante Comunicado N° 005-2020 del OSCE, se estableció que en las contrataciones afectadas como consecuencia de la Declaratoria del Estado de Emergencia Nacional, en aquellos casos en que es posible continuar con el cumplimiento de las prestaciones objeto de los contratos, es facultad de las partes el modificar las condiciones contractuales y cambiar los términos de referencia con el objeto de cumplir la finalidad de la contratación si ello fuera necesario; y que, cuando la orden de aislamiento o inmovilización social impidiera la ejecución oportuna y/o cabal de las prestaciones acordadas, las partes pueden evaluar diferir el cómputo del plazo de ejecución, suspender el plazo de ejecución hasta que cese la orden de aislamiento o inmovilización social o ampliar el plazo de ejecución, entre otros mecanismos contractuales que consideren aplicar.

Que, mediante Resolución Directoral N° 000004-2021-DEC-ACFFAA de fecha 12 de julio de 2021, la Dirección de Ejecución de Contratos observó por el periodo de 03 (tres) meses al Consorcio ANTONOV SALIS GMBH – TALISA GLOBAL BUSINESS S.A., en el Registro de Proveedores del Mercado Extranjero, al haber incurrido en el incumplimiento de: "Ocasionar que el OBAC resuelva total o parcialmente el contrato, Orden de Compra u Orden de Prestación de Servicio, siempre que dicha resolución haya quedado firme o consentida en vía conciliatoria

De fecha: 19/08/2021

o arbitral.”, tipificada en el Anexo 01 de la Directiva DIR-DEC-003, Versión 00 “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, debido a que incurrió en incumplimiento respecto al internamiento de los bienes correspondiente a los Ítems 7 y 8, que ocasionaron la Resolución Parcial del contrato correspondiente al proceso de contratación en el mercado extranjero RES PROC N° 007-2020-EP/UO 0822-1 para la “Adquisición Repuestos para Aeronaves de Transporte Avión Antonov AN-32B de la Aviación del Ejército”;

Que, mediante Carta S/N de fecha 27 de julio de 2021, el Consorcio interpone recurso de apelación contra la observación impuesta, contenida en la Resolución Directoral N° 000004-2021-DEC-ACFFAA, solicitando se revoque la referida Resolución y se deje sin efectos todos sus extremos, alegando entre otras consideraciones, las siguientes:

- La resolución de observación no cumple con la debida motivación de un administrativo, ya que solo hace un descripción de documentos que obran en su expediente, sin expresar su análisis y los motivos de su decisión, omitiendo considerar la evaluación y valoración del hecho central, el cual es la correcta interpretación y aplicación de la situación excepcional del caso fortuito y fuerza mayor, que afectaron la relación contractual, impidiendo la entrega de dos (02) artículos de aviación, sin responsabilidad y por causas ajenas a la voluntad del consorcio.
- Describe que se evaluaron los atenuantes y el grado del daño ocasionado, sin especificar ni expresar cuáles han sido los atenuantes evaluados y cuál ha sido el daño causado a la Entidad, lo que corrobora una deficiente motivación.

Que, de la revisión de la normativa aplicable al presente procedimiento impugnativo, se advierte lo siguiente:

1. Mediante Decreto Legislativo N° 1128, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, como organismo público ejecutor adscrito al Ministerio de Defensa, encargada de planificar, organizar y ejecutar el Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa, así como los procesos de contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías a su cargo, en el mercado nacional y extranjero, que fortalezcan el planeamiento estratégico de compras y la adecuada ejecución de las contrataciones en el Sector Defensa.
2. El numeral 5 del artículo 4 del referido Decreto legislativo, establece como una de las funciones de la Agencia, la de: *“Formular, actualizar y aprobar Directivas, Manuales u otros instrumentos análogos, para los procesos de contratación que estén a su cargo y/o Unidades Ejecutoras del Sector Defensa (...).”*
3. El literal c. del párrafo 2 ASPECTOS GENERALES del Capítulo I del Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero, versión 05, aprobado mediante Resolución de Secretaría General N° 002-2021-ACFFAA/SG, establece que *“La ACFFAA tiene*

De fecha: 19/08/2021

entre sus funciones, formular, actualizar y aprobar directivas, manuales u otros instrumentos análogos para los procesos de contratación a su cargo y/o de los OBAC. En ese contexto, los procesos de contratación en el mercado extranjero se rigen por las normas y/o procedimientos establecidos por las directivas, manuales y/o disposiciones normativas que para tal efecto emita la Agencia”.

4. Mediante Resolución Jefatural N° 102-2020-ACFFAA, se aprobó la Directiva DIR-DEC-003, Versión 00 “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, aplicable al presente procedimiento, la cual establece en su Anexo 01, los supuestos de incumplimientos para observar a los proveedores en el mercado extranjero, dentro de los cuales se encuentra *“Ocasionar que el OBAC resuelva total o parcialmente el contrato, Orden de Compra u Orden de Prestación de Servicio, siempre que dicha resolución haya quedado firme o consentida en vía conciliatoria o arbitral”*, la cual tiene un plazo de observación de 03 a 12 meses.

Que, estando a los argumentos del consorcio, se colige que, para determinar si la observación atribuida a la empresa se ajusta a la normativa aplicable y guarda correspondencia con los hechos descritos, se deberán analizar los siguientes aspectos: (i) Naturaleza del incumplimiento; y (ii) Configuración del incumplimiento; y (iii) Caso fortuito y fuerza mayor.

Sobre la naturaleza del incumplimiento

- Para la configuración del incumplimiento materia de análisis, es necesario que se cumplan dos condiciones: i) que la Entidad haya seguido el procedimiento establecido en la normativa aplicable para resolver el contrato, y ii) que dicha decisión haya quedado consentida o firma en vía conciliatoria o arbitral.
- Al respecto, el Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 029-2020-ACFFAA, aplicable al presente proceso, establece en el literal a. del acápite 6 RESOLUCION DE CONTRATOS del Capítulo V, que:

“Los OBAC puede resolver el contrato por las siguientes causales:

1) Si el contratista incumple injustificadamente obligaciones contractuales, generando retrasos en la atención de los bienes o prestaciones de los servicios.

2) Cuando se haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a cargo del contratista.

3) El contratista paraliza o reduce injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir la situación

De fecha: 19/08/2021

4) Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.”

- Asimismo, el literal b. del acápite antes mencionado, describe el procedimiento para la resolución de contratos, refiriendo que: *“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante documento en el cual se pueda corroborar su recepción, que las ejecute en plazo no mayor de diez (10) días calendarios, bajo apercibimiento de resolver el contrato. (...) Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato de forma parcial o total, comunicado mediante, el cual se pueda corroborar su recepción, la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación. El OBAC o la ACFFAA puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante documento, el cual se pueda corroborar su recepción, la decisión de resolver el contrato. (...)”*.
- Como puede advertirse, para el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista se establece como condición para resolver el contrato que la Entidad requiera previamente el cumplimiento. En cambio, cuando se acumula el monto máximo de penalidades, sea por mora o por otras penalidades, es causal de resolución contractual en la que no se exige un requerimiento previo al contratista.
- En ese sentido, para que el incumplimiento imputado se configure, es necesario que la Entidad, haya resuelto conforme al procedimiento descrito previamente, verificándose los siguientes supuestos: i) que la Entidad haya requerido previamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales; ii) que el requerimiento de las obligaciones contractuales se realice bajo el apercibimiento de resolverse el contrato; y iii) en el caso de la configuración por acumulación del máximo de penalidades, basta con la comunicación al contratista.
- Por otro lado, a fin de verificar si la decisión de resolver el contrato fue consentida o se encuentra firme, como segunda condición para determinar la comisión del incumplimiento, corresponde verificar si las partes han recurrido oportunamente a los mecanismos de solución de controversias, a fin de verificar la conformidad sobre la decisión de la Entidad de resolver el contrato.
- Si bien las contrataciones en el mercado extranjero se rigen por las normas emitidas por la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, es oportuno tomar en consideración lo dispuesto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado a través del Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012, el cual establece que: “En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver

De fecha: 19/08/2021

el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.”. En ese sentido, corresponde únicamente verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal para resolución contractual que establece la normativa en contrataciones en el mercado extranjero y que dicha decisión haya quedado consentida, independientemente de las causas que hayan determinado la resolución contractual, debiendo surtir todos sus efectos y, por tanto, ser ejecutada.

Sobre la configuración del incumplimiento

Sobre el procedimiento formal de resolución contractual

- Con fecha 06 de marzo de 2021, se cumplió la acumulación de la penalidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales, computados desde el 20 de enero de 2021, equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual, monto máximo de penalidad que se define como garantía.
- Es así que, mediante Resolución Jefatural de la Aviación del Ejército N° 45-2021/AE/ABASTO/OEC de fecha 08 de marzo de 2021, se aprobó la resolución parcial del Contrato N° 013-2020-EP/UO 0822 - Contratación al extranjero RES-PROC N° 007-2020-EP/UO0822-1, entre otras, por la causal de acumulación máxima de penalidad atribuida al Consorcio, por no internar en el plazo de ejecución establecido por ende haber acumulado el monto máximo de penalidad; resolución que fue comunicada al Consorcio a través del Oficio N° 406/AE/DELOG/OEC de fecha 08 de marzo de 2021, mediante correo de la misma fecha a la dirección electrónica contact@talisaglobal.com
- En ese sentido, se puede observar que la Entidad cumplió con comunicar la resolución parcial del contrato al Consorcio.

Sobre el consentimiento de la resolución contractual

- Sobre el particular, el Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05, sobre el procedimiento para la resolución de contratos, señala que: *“Cualquier controversia derivada de la ejecución del contrato será resuelta a través de las instancias y procedimientos descritos en las cláusulas del mismo (...). En caso se haya determinado la figura de la conciliación o arbitraje, estas deberán*

De fecha: 19/08/2021

interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la Resolución, siendo este un plazo de caducidad.”.

- Al respecto, con fecha 16 de abril de 2021, se llevó a cabo la audiencia de Conciliación solicitada por el Consorcio; sin embargo, dicha actuación culminó sin acuerdos.
- En ese sentido, habiendo acudido a la vía conciliatoria sin que se obtenga acuerdo, y sin haber sido sometida a arbitraje la controversia, dentro del plazo de caducidad, se concluye que la decisión de la Entidad referida a la resolución del Contrato quedó consentida.

Caso fortuito y fuerza mayor

- Es oportuno precisar que, con fecha 12 de junio de 2020, se realizó la convocatoria del proceso de contratación en el mercado extranjero en la que el consorcio impugnante obtuvo la Buena Pro. Es así que, con fecha 24 de julio de 2020, se firmó el contrato correspondiente.
- Como puede advertirse, desde la convocatoria del proceso de contratación en el mercado extranjero, ya se conocía las restricciones a nivel mundial como consecuencia del COVID-19, por lo que dicha situación no constituye un hecho sobreviniente a la suscripción del contrato. En ese sentido, queda claro que el consorcio impugnante tenía pleno conocimiento de la situación que atravesaba y las restricciones a las cuales se enfrentaría en toda la ejecución del contrato.
- Ahora bien, cabe resaltar que, el periodo de observación como consecuencia del incumplimiento atribuido al consorcio impugnante, tiene como periodo de 03 a 12 meses. En ese sentido, la observación de tres (03) impuesta al consorcio, corresponde al tiempo mínimo de observación, lo cual obedece a la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, así como la evaluación realizada a los argumentos expresados por el Consorcio impugnante respecto a las acciones realizadas para tratar de mitigar el incumplimiento.

Que, como puede advertirse, de conformidad al análisis antes descrito, la resolución del contrato ocasionada por la acumulación máxima de penalidades por parte del Consorcio quedó consentido, en consecuencia, el Consorcio es responsable de ocasionar que el OBAC resuelva total o parcialmente el contrato, estando dicha resolución firme o consentida en vía conciliatoria o arbitral, supuesto de incumplimiento que se encuentra recogido en el Anexo 01 de la Resolución Jefatural N° 102-2020-ACFFAA, que aprobó la Directiva DIR-DEC-003, Versión 00 “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, aplicable al presente procedimiento;

Que, mediante Informe Legal N° 000188-2021-OAJ-ACFFAA, la Oficina de Asesoría Jurídica, es de opinión que la observación atribuida al Consorcio ANTONOV SALIS GMBH – TALISA GLOBAL BUSINESS S.A. por “Ocasionar que el OBAC resuelva total o parcialmente el contrato, Orden de Compra u Orden de

De fecha: 19/08/2021

Prestación de Servicio, siempre que dicha resolución haya quedado firme o consentida en vía conciliatoria o arbitral”, se ajusta a lo dispuesto en la normativa sobre la materia, por lo que recomienda se declare infundado el presente recurso de apelación;

Que, conforme el numeral 218.2 del artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en un plazo de treinta (30) días;

Con el visado de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1128, en el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y en la Resolución Jefatural N° 102-2020-ACFFAA.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio ANTONOV SALIS GMBH – TALISA GLOBAL BUSINESS S.A. contra la Resolución Directoral N° 000004-2021-DEC-ACFFAA, mediante la cual se observa a dicho Consorcio por el periodo de tres (03) meses en el Registro de Proveedores del Mercado Extranjero, por “Ocasionar que el OBAC resuelva total o parcialmente el contrato, Orden de Compra u Orden de Prestación de Servicio, siempre que dicha resolución haya quedado firme o consentida en vía conciliatoria o arbitral”.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución al Consorcio ANTONOV SALIS GMBH – TALISA GLOBAL BUSINESS S.A. y a la Dirección de Ejecución de Contratos.

Artículo 3.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (www.acffaa.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y archívese.

Guillermo Alfonso Casafranca García
Jefe
Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas