



Resolución Jefatural

N° 061 - 2023-ACFFAA

Lima, 13 de Junio de 2023

VISTOS:

El recurso de apelación de fecha 28 de abril de 2023 presentado por la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE contra la Resolución Directoral N° 000006-2023-ACFFAA-DEC de la Dirección de Ejecución de Contratos; y el Informe Legal N° 000097-2023-OAJ-ACFFAA de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1128, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas - ACFFAA, como organismo público executor 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;

Que, 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 (...).”*;

Que, conforme al artículo 13 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1128, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2020-DE, *“(...) la Agencia y los OBAC*

De fecha: 13/06/2023

deben privilegiar las relaciones comerciales y la contratación con fabricantes de bienes o empresas con capacidad de prestar servicios y consultorías requeridos o por medio de sus distribuidores autorizados”; es por ello que la ACFFAA y los órganos bajo el ámbito de competencia de la ACFFAA - OBAC tienen la potestad de invitar o no a los proveedores extranjeros de acuerdo a las condiciones, requisitos o restricciones que la ACFFAA regule, tomando en consideración que el objeto de las contrataciones están ligadas a la Seguridad y Defensa Nacional;

Que, el literal c. del párrafo 2 ASPECTOS GENERALES del Capítulo I del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero, versión 07, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 027-2023-ACFFAA, establece que *“La ACFFAA tiene 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, y supletoriamente por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, siempre que su aplicación no resulte incompatible y sirva para cubrir un vacío o deficiencia de las normas y/o procedimientos”*;

Que, la ACFFAA en salvaguarda de los intereses de los OBAC, y estando a que las convocatorias de los procesos de contratación en el mercado extranjero se efectúan por invitación (potestad para invitar), estableció en la normativa que regula Registro de Proveedores en el Mercado Extranjero – RPME, entre otros, la condición de proveedor observado en el RPME, de acuerdo a la gravedad de los incumplimientos cometidos durante las diferentes etapas de los procesos de contratación en el mercado extranjero, situación con la cual se pierde la condición de potencial proveedor para ser invitado por un periodo de tiempo determinado;

Que, en razón a ello, mediante Resolución Jefatural N° 038-2021-ACFFAA, se aprobó la Directiva DIR-DEC-003, Versión 01 “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, la cual establece en su Anexo 01, los supuesto 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, en el presente caso, mediante Resolución Directoral N° 000006-2023-DEC-ACFFAA de fecha 05 de abril de 2023, la Dirección de Ejecución de Contratos observó por el periodo de seis (06) meses a la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE en el Registro de Proveedores en el 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 o arbitral”*, tipificada en el Anexo 01 de la Directiva DIR-DEC-003, Versión 01 “Proceso de

De fecha: 13/06/2023

Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”, debido a que no cumplió con entregar la totalidad de los bienes correspondiente al proceso de contratación RES-01-2020-DPC/ACFFAA-1 para la “Adquisición de Accesorios y Repuestos para el Sosténimiento del Sistema de Armas SU-25/UB”, ocasionando que se resuelva parcialmente el contrato;

Que, mediante escrito S/N de fecha 28 de abril de 2023, ingresado a la ACFFAA, el 02 de mayo de 2023, la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE interpone recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 000006-2023-ACFFAA-DEC, solicitando se declare la nulidad, alegando entre otras consideraciones, las siguientes:

- La Resolución Directoral N° 06-2023-ACFFAA-DEC, establece que el contrato de compraventa N° 0241-RES-01-2020-DPC/ACFFAA correspondiente a la “Adquisición de accesorios y repuestos para el sostenimiento del sistema de armas SU-25/UB” ha sido resuelto con la Resolución Jefatural N° 016-SEBAT-FAP de fecha 16 de marzo de 2022, sin embargo, han tomado conocimiento de la existencia de la emisión de la Resolución Jefatural N° 0167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022, que resuelve parcialmente el mismo contrato de compraventa y no les ha sido notificada.
- No pueden coexistir válidamente dos (2) Resoluciones Jefaturales distintas que resuelvan la misma materia (Resolución Jefatural N° 016-SEBAT-FAP y la Resolución Jefatural N° 0167-SEBAT-FAP), siendo la única resolución vigente, la Resolución Jefatural N° 0167-SEBAT-FAP, la cual no ha sido notificada pese haberlo requerido, impidiendo ejercer su derecho de defensa, incumpliendo con el requisito indispensable de encontrarse consentida.
- Asimismo, solicita el uso de la palabra a efectos de exponer sus fundamentos.

Que, mediante Oficio Extra FAP N° 001700-2023-SECRE/FAP, la Fuerza Aérea del Perú informó que mediante Resolución Jefatural N° 16-SEBAT/FAP de fecha 16 de marzo de 2022, se resolvió parcialmente el contrato, la misma que fue notificada con Carta NC-70-SADA-EC-N° 183 del 18 de marzo de 2023 y mediante correo del SEBAT de la misma fecha. Asimismo, indica que existe la Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022, y que esta fue una modificación a la Resolución Jefatural N° 16-SEBAT/FAP, en la cual se agregó la penalidad con fines de pago, y que esta no fue notificada en vista que la anterior ya había sido notificada;

Que, con fecha 09 de junio de 2023, atendiendo a lo solicitado por la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE, se le concedió el uso de la palabra a efectos que exponga sus fundamentos;

De fecha: 13/06/2023

Que, luego del análisis de la documentación que forma parte del presente procedimiento y estando a los argumentos de la empresa impugnante, 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; (ii) la existencia de otra resolución de contrato y, (ii) Configuración del incumplimiento;

Sobre la naturaleza del incumplimiento

- El supuesto de incumplimiento atribuido a la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE es *“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”*.
- Para la configuración de este supuesto de incumplimiento se requiere necesariamente la concurrencia de dos requisitos: (i) acreditarse que el contrato, orden de compra u orden de prestación del servicio, haya sido resuelto por causa atribuible al contratista, de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa aplicable; y, (ii) verificarse que dicha decisión haya quedado consentida o firma en vía conciliatoria o arbitral, ya sea por no haberse iniciado oportunamente la conciliación o arbitraje, o, aun cuando se hubiesen empleado dichos mecanismos, se haya confirmado la decisión de la Entidad de resolver el contrato.
- En relación al primer hecho para la configuración supuesto de incumplimiento, el Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 029-2020-ACFFAA, *aplicable al presente caso*, 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.*
 - 4) *Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.”*

De fecha: 13/06/2023

- 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 continua, la parte perjudicada puede resolver el contrato de forma parcial o total, comunicado mediante documento, 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, en el caso de 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.
- Entonces, para que este primer hecho se materialice es necesario que la Entidad haya resuelto el contrato conforme al procedimiento antes descrito. Caso contrario, aun en los casos en que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato conforme a la normativa y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de observación.
- Por otro lado, en relación al segundo hecho para la configuración supuesto de incumplimiento, a fin de determinar si la decisión de resolver el contrato por parte de la entidad ha quedado consentida o se encuentra firme, corresponde verificar si se ha acreditado en el procedimiento de observación que las partes han recurrido oportunamente a los mecanismos de solución de controversias, es decir, a conciliación y/o arbitraje.

De fecha: 13/06/2023

- Para ello, el literal b. del acápite 6 RESOLUCION DE CONTRATOS del Capítulo V del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05, *aplicable al presente caso*, establece que: “(...) *En caso se haya determinado la figura de la conciliación o arbitraje, estas deberán interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la Resolución, siendo este un plazo de caducidad. (...)*”, por tanto, la parte perjudicada cuenta con el plazo de treinta (30) días hábiles para iniciar la figura de la conciliación o arbitraje.
- 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° 002-2022, en el cual se adoptaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:
 - o Las entidades formulan la denuncia por la infracción consistente en Ocasionar que la entidad resuelva el contrato, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, a partir de notificada la decisión de resolver el contrato, conforme al procedimiento que corresponda. Para ello debe adjuntarse:
 - i. Contrato, orden de compra u orden de servicios, debidamente perfeccionado.
 - ii. Documentación que acredite el cumplimiento del procedimiento de resolución del contrato, según corresponda.
 - iii. Documento a través del cual se notificó la decisión de resolver el contrato.
 - iv. Informe de la Entidad sobre el consentimiento o no de la resolución del contrato, adjuntando la documentación que lo acredite, cuando corresponda.
 - o En el procedimiento administrativo sancionador no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para determinar responsabilidad administrativa, verificar que esa decisión ha quedado consentida por no haberse iniciado los medios de solución de controversias, o que, habiéndose sometido a estos, haya quedado firme, conforme a lo previsto en el TUO de la Ley y el Reglamento vigente.
- 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.

Sobre la existencia de otra resolución de contrato

De fecha: 13/06/2023

- Mediante Resolución Jefatural N° 16-SEBAT-FAP de fecha 16 de marzo de 2022, el Servicio de Abastecimiento Técnico de la Fuerza Aérea del Perú, resolvió parcialmente el Contrato de Compra - Venta N° 0241-RES-01-2020-DPC/ACFFAA correspondiente a la “Adquisición de Accesorios y Repuestos para el Sosténimiento del Sistema de Armas SU-25/UB”, por el ítem N° 15 Válvula Flotadora (01 EA) N/P 81.0110.0370.000 cuyo monto es de USD 45.00 dólares americanos, por incumplimiento contractual, por no remitir el material adjudicado pendiente de entrega conforme a las Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos, aplicándose las penalidades.
- Mediante Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022, el Servicio de Abastecimiento Técnico de la Fuerza Aérea del Perú, resolvió parcialmente el Contrato de Compra - Venta N° 0241-RES-01-2020-DPC/ACFFAA correspondiente a la “Adquisición de Accesorios y Repuestos para el Sosténimiento del Sistema de Armas SU-25/UB”, por el ítem N° 15 Válvula Flotadora (01 EA) N/P 81.0110.0370.000 cuyo monto es de USD 45.00 dólares americanos, *sea revertido al Tesoro Público* por incumplimiento contractual, por no remitir el material adjudicado pendiente de entrega conforme a las Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos, aplicándose las penalidades generadas *en la suma de USD 2,250.00 dólares americanos y sea abonado a la cuenta RDF-FAP y el saldo a favor por el importe de USD 20,205.00 dólares americanos sea pagado mediante transferencia bancaria.*
- Como se puede apreciar, existen 2 (dos) resoluciones que resuelven el mismo contrato, por la misma causa, incumplimiento de la entrega de un ítem.
- En este punto es importante indicar que, la derogación de la normas legales se produce por: (i) declaración expresa; (ii) por incompatibilidad entre la nueva norma y la anterior; o, (iii) cuando la materia es íntegramente regulada por la nueva norma. Entonces, cuando una nueva norma regula el mismo contenido de la anterior, se debe entender que la nueva norma deroga la anterior, por tanto, la nueva norma es la que prevalece.
- Así pues, en el presente caso se advierte que ante la existencia de dos normas que regulan una misma situación (resolución parcial de contrato), la anterior queda derogada por la posterior, por tanto la resolución que se encuentra vigente es la Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022, sin embargo, esta Resolución no fue notificada.

Sobre la configuración del incumplimiento

- *Respecto el procedimiento formal de resolución contractual*

De fecha: 13/06/2023

- Mediante Carta NC-70-SADA-EC N° 0120 de fecha 22 de febrero de 2022, el Servicio de Abastecimiento Técnico de la Fuerza Aérea del Perú, comunica a la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE, que se encuentra fuera de plazo para la entrega del ítem N° 15 Válvula Flotadora (01 EA) N/P 81.0110.0370.000, otorgándole el plazo de diez (10) días para su entrega, caso contrario se iniciara el trámite administrativo de la resolución parcial del contrato.
 - Tal como se ha mencionado previamente, ante la existencia de dos (2) resolución que resuelve parcialmente el contrato, se debe entender que la resolución vigente es la Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022, más aun si con esta última se efectuó el pago a la empresa, sin embargo, esta resolución no ha sido notificado a la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE, por tanto, no ha podido ejercer su derecho de acudir a la vía de la conciliación o arbitraje. En ese sentido, no se ha cumplido con el procedimiento establecido por la normativa aplicable.
- *Respecto el consentimiento de la resolución contractual*
- Debido a que la Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022, no fue notificada, la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE no pudo ejercer su derecho de acudir a la vía de la conciliación o arbitraje, por tanto, no pudo haber quedado consentida ni firme

Que, tomando en consideración lo expuesto, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante TUO de la LPAG, establece en el artículo 3, los requisitos de validez del acto administrativo, indicando como uno de sus requisitos, *el procedimiento regular*, precisando que, antes de la emisión, el acto de ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación;

Que, asimismo, el artículo 10 del TUO de la LPAG, señala que son vicios de nulidad, entre otros, el defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto administrativo;

Que, al respecto, tal como se ha desarrollado, debido a que el procedimiento de observación se inició el mérito a la Resolución Jefatural N° 16-SEBAT-FAP de fecha 16 de marzo de 2022; y no sobre la Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP fecha 07 de noviembre de 2022, siendo que esta última resolución es la que se encuentra vigente y no ha sido notificado a la empresa apelante, no se ha cumplido con el procedimiento regular para subsumir su conducta en el supuesto de observación 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*

De fecha: 13/06/2023

consentida en vía conciliatoria o arbitral”, tipificada en el Anexo 01 de la Directiva DIR-DEC-003, Versión 01 “Proceso de Observación de Proveedores en el Mercado Extranjero”,

Que, en adición a ello, tomando en consideración que el numeral 227.2 del Capítulo II Recursos Administrativos del TUO de la LPAG, establece que *“Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.”*. Es así que, habiendo desarrollado que el inicio del procedimiento de observación se toma en cuenta Resolución Jefatural N° 016-SEBAT-FAP y no la Resolución Jefatural N° 0167-SEBAT-FAP, la cual es la vigente, con la finalidad de evitar devolver lo actuado a la autoridad que conoció el procedimiento y en virtud del principio de celeridad, y contando con elementos suficientes, corresponde se emita pronunciamiento sobre el fondo;

Que, mediante Informe Legal N° 000097-2023-OAJ-ACFFAA, la Oficina de Asesoría Jurídica, es de opinión que, corresponde declarar la NULIDAD del procedimiento de observación en contra de la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE, al no haberse seguido el procedimiento regular. Asimismo, señala que, contando con elementos para emitir pronunciamiento sobre el fondo, corresponde se declare NO HA LUGAR la observación a la ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE;

Que, conforme el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG, 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;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1128, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y la Resolución Jefatural N° 038-2021-ACFFAA.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar la NULIDAD del procedimiento de observación en contra de la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE, contenida en la Resolución Directoral N° 000006-2023-DEC-ACFFAA. En consecuencia, se declara NO HA LUGAR la observación a la ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE por presuntamente 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 o arbitral”*; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

De fecha: 13/06/2023

Artículo 2.- Disponer que el Servicio de Abastecimiento Técnico de la Fuerza Aérea del Perú (SEBAT) notifique a la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE la Resolución Jefatural N° 167-SEBAT-FAP de fecha 07 de noviembre de 2022.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución a la empresa ADVANCE AVIATION TECHNOLOGY FZE, a la Fuerza Aérea del Perú y a la Dirección de Ejecución de Contratos.

Artículo 4.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 5.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (www.gob.pe/acffaa).

Regístrese, comuníquese y archívese.

**Mayor General FAP
Fernando Martín San Martín Serra
Jefe
Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas**