



Resolución Jefatural

N° 103 - 2023-ACFFAA

Lima, 13 de Setiembre de 2023

VISTOS:

El recurso de apelación de fecha 09 de agosto de 2023 presentado por la empresa MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD contra la Resolución Directoral N° 000013-2023-ACFFAA-DEC de la Dirección de Ejecución de Contratos; y el Informe Legal N° 000169-2023-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 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;

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 (...).”*;

De fecha: 13/09/2023

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 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;

De fecha: 13/09/2023

Que, en el presente caso, mediante Resolución Directoral N° 000013-2023-DEC-ACFFAA de fecha 24 de julio de 2023, la Dirección de Ejecución de Contratos observó por el periodo de nueve (9) meses a la empresa MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD, 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 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-17-2021-CE2-FAP/SEBAT para la “Adquisición de Material para cobertura de Inspecciones Horarias de Avión y Motor del Sistema de Armas SU-25/UB PP-0135” - 2da Convocatoria, ocasionando que se resuelva parcialmente el contrato;

Que, mediante escrito S/N de fecha 09 de agosto de 2023, la empresa MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD, en adelante *la empresa*, interpone recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 000013-2023-ACFFAA-DEC, solicitando se declare la nulidad, alegando entre otras consideraciones, las siguientes:

- La resolución de observación no ha tomado en cuenta que no se ha seguido el procedimiento dispuesto por el Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001, versión 05, para la resolución del Contrato de Compra-Venta N° 0224-RES-17-2021-CE2-FAP/SEBAT para la “Adquisición de material para cobertura de inspecciones horarias de avión y motor del sistema de armas SU-25/UB PP-0135”, dado que no ha existido requerimiento alguno para que en el plazo de diez (10) días se cumpla con las obligaciones.

Que, mediante Oficio N° 000493-2023-SG-ACFFAA de fecha 15 de agosto de 2023, la ACFFAA solicitó a la Fuerza Área del Perú informar sobre el cumplimiento del procedimiento para la resolución del contrato del cual deriva la observación;

Que, mediante Oficio NC-70-LOCN-PE-N° 0264 de fecha 23 de agosto de 2023, la Dirección General de Logística de la Fuerza Aérea del Perú señala que ha remitido la información requerida a través del Oficio NC-70-LOCN-PE-N° 0173 del 26 de junio de 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

De fecha: 13/09/2023

deberán analizar los siguientes aspectos: (i) la naturaleza del incumplimiento; y (ii) la configuración del incumplimiento;

Sobre la naturaleza del incumplimiento

- El supuesto de incumplimiento atribuido a la empresa 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 Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05, aprobado mediante Resolución de Secretaría General N° 002-2021ACFFAA/SG, 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: 13/09/2023

- 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. Dependiendo el monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, se puede establecer plazos mayores al señalado anteriormente, el mismo que en ningún caso podrá ser mayor a veinte (20) días calendarios. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, 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

De fecha: 13/09/2023

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.
- Para ello, el literal b. del acápite 6 RESOLUCION DE CONTRATOS del Capítulo V del Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05, aplicable al presente caso, el cual 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,

De fecha: 13/09/2023

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 configuración del incumplimiento

- *Respecto el procedimiento formal de resolución contractual*
 - Mediante Oficio NC-70-LOCN-PE-N° 0173, la Dirección General de Logística de la Fuerzas Aérea del Perú remite el Informe Técnico SEBAT/SADA N° 062-2023 de fecha 13 de junio de 2023 y el Informe Legal N° 0077-2023-SEBAT/SAAJ del 16 de junio de 2023, a través del cual sustenta su pedido de observación a la empresa.
 - Al respecto, de la revisión del mencionado oficio, se advierte que la Entidad cursó a la empresa, las siguientes comunicaciones:

N°	DOCUMENTO	FECHA	DESCRIPCIÓN
1	NC-70-SADA-EC-N° 1186	30/11/2022	No se han atendido 37 ítems
2	NC-70-SADA-EC-N° 0110	03/02/2023	No se han atendido 32 ítems / Atender los materiales en el más breve plazo
3	NC-70-SADA-EC-N° 050	13/02/2023	Considerando las constantes solicitudes de atención de la FAP, se considera resolver el contrato parcialmente por incumplimiento
4	Oficio Extra FAP N° 000006-2023-SEBAT/FAP	24/04/2023	Comunica la Resolución Jefatural N° 27-SEBAT/FAP, que resuelve parcialmente el contrato.

De fecha: 13/09/2023

- En ese punto es importante también tomar en cuenta lo establecido en el Contrato de Compra-Venta N° 0224-RES-17-2021-CE2-FAP/SEBAT del cual se deriva la observación materia de apelación, en lo relacionado a lo regulado sobre el procedimiento para resolver el contrato indica lo siguiente: *“En caso “EL CONTRATISTA” faltase a sus obligaciones “LA FAP” deberá requerir el cumplimiento de estas mediante correo certificado o correo electrónico, otorgándole un plazo razonables (no mayor a 20 días calendario) para cumplir con sus obligaciones contractuales de acuerdo a su naturaleza y complejidad; vencido el cual “LA FAP” podrá resolver el contrato comunicando tal decisión a “EL CONTRATISTA” por los mismo medios (...)”*.
- Ahora bien, tal como se precisó al analizar la naturaleza del incumplimiento, para resolver el contrato la normativa ha previsto un procedimiento formal, el cual consiste en otorgar al contratista un plazo para que cumpla con sus obligaciones y que dicho requerimiento sea bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- Como se puede apreciar, no existe alguna comunicación que acredite que la Entidad haya requerido a la empresa el cumplimiento de sus obligaciones otorgándole el plazo establecido en el contrato, ni tampoco el procedimiento de resolución de contratos establecido en el literal b. del acápite 6 RESOLUCION DE CONTRATOS del Capítulo V del Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 05; por lo que, no se ha seguido el procedimiento formal regulado en la normativa aplicable para la resolución de contratos.

- *Respecto el consentimiento de la resolución contractual*

- Debido a que no ha se seguido el procedimiento formal regulado en la normativa aplicable para la resolución, señalado en el párrafo anterior, carece de objeto pronunciarse por el consentimiento de la resolución del Contrato de Compra-Venta N° 0224-RES-17-2021-CE2-FAP/SEBAT

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,

De fecha: 13/09/2023

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, en el procedimiento de observación no se ha tomado en cuenta uno de los supuestos para la configuración del incumplimiento, referido a verificar que la entidad haya seguido el procedimiento formal establecido por la normativa para la resolución contractual, por tanto, no resulta posible subsumir la conducta de *la empresa* en el incumplimiento consistente en *“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”*, derivado de la Resolución Jefatural N° 27-SEBAT/FAP, que resuelve parcialmente el Contrato de Compra-Venta N° 0224-RES-17-2021-CE2-FAP/SEBAT para la “Adquisición de material para cobertura de inspecciones horarias de avión y motor del sistema de armas SU-25/UB PP-0135”. En consecuencia, corresponde declarar la NULIDAD de la observación a la empresa MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD.;

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 la observación impuesta a *la empresa*, omitió seguir el procedimiento regular, y 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° 000169-2023-OAJ-ACFFAA, la Oficina de Asesoría Jurídica, es de opinión que, corresponde declarar la NULIDAD del procedimiento de observación en contra de la empresa MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD., 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 referida empresa;

De fecha: 13/09/2023

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;

Con el visado 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, 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 MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD., contenida en la Resolución Directoral N° 000013-2023-DEC-ACFFAA. En consecuencia, se declara NO HA LUGAR la observación a la mencionada empresa 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.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a la empresa MODERN TECHNICAL ENGINEERING LTD., a la Fuerza Aérea del Perú 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.gob.pe/acffaa).

Regístrese, comuníquese y archívese.

Manuel Santiago Váscones Morey
Jefe
Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas