



Resolución Jefatural

N° 137 - 2023-ACFFAA

Lima, 03 de Noviembre de 2023

VISTOS:

El recurso de apelación de fecha 21 de setiembre de 2023 presentado por la empresa AEROTECNICA SAS contra la Resolución Directoral N° 000017-2023-ACFFAA-DEC de la Dirección de Ejecución de Contratos; y el Informe Legal N° 000234-2023-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 (...).”*;

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

De fecha: 03/11/2023

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;

Que, en el presente caso, mediante Resolución Directoral N° 000015-2023-DEC-ACFFAA de fecha 22 de agosto de 2023, la Dirección de Ejecución de Contratos observó por el periodo de seis (6) meses a la empresa

De fecha: 03/11/2023

AEROTECNICA SAS, en el RPME, 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-04-2022-CE2-FAP/SEBAT por la “Adquisición de Repuestos para la Cobertura y Recuperación de la Flota KT-1P PP-0135”, ocasionando que se resuelva parcialmente el contrato;

Que, mediante Carta S/N de fecha 24/08/2023, la empresa AEROTECNICA SAS, en adelante *la empresa*, interpone recurso de reconsideración contra de la resolución antes mencionada, para lo cual presenta como nueva prueba, la Carta N° 002 de fecha 22 de agosto de 2023, de la empresa BOING, a través de la cual señala que se ha producido una situación excepcional que impedía la atención oportuna del requerimiento. Asimismo, solicita la suspensión de la observación hasta que se emita pronunciamiento definitivo;

Que, mediante Carta N° 000122-2023-SG-ACFFAA de fecha 04 de setiembre de 2023, la ACFFAA comunica a *la empresa* que no corresponde suspender la ejecución de la observación durante la tramitación del recurso de reconsideración, debido a que su solicitud no se enmarca en ninguno de los supuestos para suspender la ejecución de la observación;

Que, mediante Resolución Directoral N° 000017-2023-ACFFAA-DEC de fecha 08 de setiembre de 2023, se declara infundado el recurso de reconsideración, manteniéndose la observación por el periodo de seis (6) meses en el RPME.

Que, mediante Carta S/N de fecha 21 de setiembre de 2023, *la empresa* interpone recurso de apelación contra la resolución antes mencionada, alegando entre otras consideraciones, las siguientes:

- No se ha valorado debidamente la prueba nueva aportada.
- No ha existido el requerimiento para que la empresa cumpla con sus obligaciones antes de resolver el contrato.
- No se han respetado los plazos.
- No ha existido pronunciamiento sobre el caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad física o jurídica.
- No se han valorado los criterios para la graduación de la observación.

De fecha: 03/11/2023

Que, asimismo, *la empresa* solicita se disponga la suspensión de la ejecución de la observación hasta que se emita pronunciamiento resolviendo el recurso de apelación. En adición a ello, solicita se le conceda el uso de la palabra para exponer sus fundamentos;

Que, mediante Carta N° 000034-2023-DJ-ACFFAA de fecha 05 de octubre del 2023, la ACFFAA da respuesta a la solicitud de suspensión antes mencionada, indicándose que el procedimiento de observación se ha desarrollado de acuerdo a la normativa aplicable y que la empresa no ha acreditado alguna limitación, no correspondiendo enmarcar lo solicitado en alguno de los supuestos para la suspensión de la observación, por tanto dicha observación se deberá mantenerse durante el trámite recursivo;

Que, con fecha 23 de octubre de 2023, atendiendo a lo solicitado por *la empresa*, se realizó, en las instalaciones de la ACFFAA, la audiencia de uso de la palabra a efectos que exponga sus fundamentos;

Que, luego del análisis de la documentación que forma parte del presente procedimiento y estando a los argumentos de *la empresa*, se colige que, para determinar si la observación atribuida se ajusta a la normativa aplicable y guarda correspondencia con los hechos descritos, se deberán analizar los siguientes aspectos: (i) la naturaleza del incumplimiento; (ii) la configuración del incumplimiento, y, (iii) graduación de la observación.;

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 firme 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.

De fecha: 03/11/2023

- En relación al primer hecho para la configuración supuesto de incumplimiento, el Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 – versión 06, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 026-2022-ACFFAA, *aplicable al presente caso*, en adelante el Manual, establece en el literal a. del acápite 6 RESOLUCIÓN DE CONTRATOS del Capítulo V, que: “Los OBAC puede resolver el contrato por las siguientes causales:
 - 1) *Si el contratista incumple injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, generando retrasos en la atención de los bienes o prestaciones de los servicios, pese a haber sido requerido para ello.*
 - 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.”*
- 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 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 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. Cuando la resolución se sustente en alguno de estos supuestos, el OBAC debe comunicar su decisión al contratista mediante documento, en el cual debe justificar y acreditar los hechos que la sustentan (...);*”

De fecha: 03/11/2023

- 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.
- Para ello, el literal b. del acápite 6 RESOLUCION DE CONTRATOS del Capítulo V del Manual, el cual establece que: “(...) *En caso se haya determinado la figura de la conciliación y/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 ACFFAA, es oportuno tomar en consideración lo dispuesto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del

De fecha: 03/11/2023

Estado a través del Acuerdo de Sala Plena N° 002-2022, en el cual se adoptaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:

- La configuración de la infracción consistente en dar lugar a la resolución de contrato se concreta con la notificación de la decisión de resolver el contrato, conforme al procedimiento establecido en el Reglamento, según corresponda.
- 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 configuración del incumplimiento

- *Respecto el procedimiento formal de resolución contractual*
 - Mediante Carta NC-70-SADA-EC-N° 0518 de fecha 29 de diciembre de 2022, el Servicio de Abastecimiento Técnico (SEBAT) de la Fuerza Aérea del Perú (FAP), solicitó a *la empresa* atender el material pendiente en un plazo máximo de 05 días hábiles, caso contrario se iniciaría el proceso de resolución parcial por incumplimiento.
 - Es así que, habiendo transcurrido el plazo otorgado, mediante Resolución Jefatural N° 0001 SEBAT/FAP de fecha 20 de enero del 2023, se resolvió parcialmente la Orden de Compra N° 038-00338-RES-04-2022-CE2-FAP/SEBAT relacionada a la "Adquisición de repuestos para cobertura y recuperación de la flota KT-1P PP-0135", la cual fue comunicada mediante Carta NC-70-SADA-EC-N° 0031 de fecha 26 de enero 2023.
 - En ese punto es importante precisar que, la normativa al establecer el plazo para que la parte perjudicada cumpla con sus

De fecha: 03/11/2023

obligaciones, ha definido el plazo máximo de diez (10) días calendarios, por lo que debe entenderse dicho plazo, como un plazo máximo, pudiendo establecerse un plazo menor, como lo ocurrido en el presente caso, en el que se otorgó cinco (5) días hábiles.

- Asimismo, en lo referente al apercibimiento de resolver el contrato, en el presente caso se hace referencia a iniciar el proceso de resolución de contratos, es así que como consecuencia de haber transcurrido el plazo otorgado, se dieron inicio a las gestiones internas vinculadas a la emisión de la resolución que resuelve parcialmente el contrato, cumpliéndose de este modo, la advertencia de que transcurrido el plazo otorgado se resolvería el contrato.
- 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.
- En atención a ello, se puede apreciar que se ha cumplido con el procedimiento formal para la resolución contractual establecido en el Manual.

- *Respecto el consentimiento de la resolución contractual*

- Mediante Mensaje Común N° 000716-2023-SEBAT/FAP de fecha 18 de abril de 2023, el SEBAT solicitó a la Procuraduría Pública informar si la empresa AEROTECNICA SAS cuenta con proceso de conciliación y/o arbitraje.
- Mediante Mensaje Común N° 000098-2023-PROCU/FAP de fecha 21 de abril de 2023, la Procuraduría Pública informa que no existe proceso de conciliación y/o arbitraje.
- En ese sentido, se puede apreciar que la Resolución Jefatural N° 0001 SEBAT/FAP, la cual origina la observación materia de análisis, ha quedado consentida al no haberse iniciado los medios de solución de controversias

Que, habiéndose cumplido con el procedimiento formal para la resolución de contratos y estando a que dicha resolución no ha sido cuestionada mediante los medios de solución de controversias, se ha acreditado que la empresa

De fecha: 03/11/2023

AEROTECNICA SAS ha incurrido 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”*, 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-04-2022-CE2-FAP/SEBAT por la “Adquisición de Repuestos para la Cobertura y Recuperación de la Flota KT-1P PP-0135”.

Sobre la graduación de la observación

- Al respecto, el incumplimiento materia de análisis tiene como periodo de observación el plazo entre tres (3) y doce (12) meses, observándose en primera instancia a la empresa por el periodo de seis (6) meses en el RPME.
- Sin embargo, debe tenerse en cuenta el principio de razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Texto Único Ordenando de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS , el cual indica que: *“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”*; es que así que, las empresas no deben verse privadas de su derecho de proveer al Estado más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la observación.
- Sobre el particular, de la revisión de los criterios de graduación empleados para determinar el periodo de observación, se advierte que la empresa no cuenta con antecedentes, no se ha podido demostrar su intencionalidad y ha presentado sus descargos en oportunidad. Asimismo, de la revisión del expediente se aprecia que la empresa informó de inconvenientes para la obtención de los bienes objeto del contrato, por lo que corresponde reducir el periodo de observación de seis (6) a tres (3) meses.

Que, en ese sentido, tal como se ha desarrollado, se ha acreditado que la empresa AEROTECNICA SAS ha incurrido 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*

De fecha: 03/11/2023

quedado firme o consentida en vía conciliatoria o arbitral"; sin embargo, a criterio de esta Despacho no se han aplicado correctamente la graduación de la observación, por lo que corresponde reducir el periodo de observación de seis (6) a tres (3) meses en el RPME;

Que, mediante Informe Legal N° 000234-2023-OAJ-ACFFAA, la Oficina de Asesoría Jurídica, es de opinión que, la empresa AEROTECNICA SAS ha incurrido en el supuesto de incumplimiento relacionado a *"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", en el proceso de contratación RES-04-2022-CE2-FAP/SEBAT por la "Adquisición de Repuestos para la Cobertura y Recuperación de la Flota KT-1P PP-0135"; sin embargo, corresponde se gradúe adecuadamente el periodo de observación debiéndose aplicar el principio de razonabilidad; correspondiente se declare FUNDADO EN PARTE su Recurso de Apelación;

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 FUNDADO EN PARTE en recurso de apelación interpuesto por la empresa AEROTECNICA SAS contra la Resolución Directoral N° 000017-2023-DEC-ACFFAA, siendo fundado en el extremo referido a la gradualidad del periodo de observación en el Registro de Proveedores en el Mercado Extranjero, correspondiendo variar dicho periodo de seis (6) a tres (3) meses, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Disponer que la Dirección de Ejecución de Contratos realice las acciones administrativas correspondientes a efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo precedente.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución a la empresa AEROTECNICA SAS 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.

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