

Los problemas de la intervención coadyuvante de los reguladores en arbitrajes bajo Contratos de Asociación Público Privada

Sonia Queija Alvarado*

Resumen. - La Ley APP regula la intervención de los organismos reguladores como coadyuvantes de la entidad en los arbitrajes en los que se discutan decisiones o materias relacionadas con su competencia. Sin embargo, como se aborda en este artículo, esta forma especial de intervención presenta incompatibilidades con la institución procesal en la que se inspira y diversos desafíos de orden práctico que hacen necesario repensar su regulación.

Abstract. - The “APP Law” regulates the intervention of regulatory bodies as adjuvants to the State entity in arbitrations that involves decisions or matters related to their jurisdiction under the contract. However, as addressed in this article, this special form of intervention has incompatibilities with the procedural institution on which it is inspired and several practical challenges that demands to rethink its regulation.

Palabras clave: Coadyuvante – Organismo regulador – Asociación Público Privada.

Key words: Adjuvant – Regulation Organism – Public Private Partnership.

* Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada Senior en el área de solución de controversias de Rebaza Alcazar & De las Casas. Su práctica profesional se enfoca en arbitrajes domésticos e internacionales en distintos sectores, litigios judiciales, así como transacciones y asesoría en prevención de conflictos.

I. Introducción

El Decreto Legislativo 1362¹, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (Ley de APP) autoriza la intervención de los organismos reguladores como “coadyuvantes” en los arbitrajes derivados de contratos de concesión bajo la modalidad de Asociación Público Privada (“Contratos APP”), en los siguientes términos:

Artículo 59.- Solución de controversias (...) 59.3. La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente.

Pues bien, la incorporación de la figura de coadyuvante en arbitrajes derivados de Contratos APP ha sido objeto de amplio debate en doctrina, no solo porque, como se abordará más adelante, la intervención coadyuvante no se encuentra regulada en el Decreto Legislativo 1071 (la Ley de Arbitraje), sino además porque la intervención de los organismos reguladores, tal y como se encuentra regulada actualmente, es inconsistente con la propia institución procesal en la que se inspira.

Asimismo, la ausencia de una regulación suficiente y específica para la naturaleza del rol que desempeñan los organismos reguladores en los Contratos APP ha derivado en algunas inconsistencias y problemas de orden práctico en su aplicación.

II. La intervención de sujetos en el arbitraje

El arbitraje se fundamenta en el consentimiento. Es la vía habilitada para solucionar determinadas controversias, únicamente cuando las partes de una relación jurídica material hubieran manifestado su voluntad de someterlas a arbitraje.

Partiendo de la esencialidad del consentimiento, nuestra Ley de Arbitraje no prevé la incorporación de terceros al arbitraje. Lo único que encontramos en la Ley de Arbitraje es la regulación de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, pero este no es un supuesto de incorporación de “terceros” al arbitraje.

¹ El antecedente normativo (el Decreto Legislativo 1224) contenía una disposición similar, pero de mayor alcance, pues, a diferencia del actual Decreto Legislativo 1362, la intervención de los reguladores no estaba limitada a los arbitrajes “en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia”, sino, en general, a cualquier arbitraje derivado de un contrato de Asociación Público Privada. Ver Decreto Legislativo 1224:

Artículo 23.- Solución de controversias

23.1 (...) La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.

En efecto, la Ley de Arbitraje determina que el convenio arbitral se extiende a aquellos que, si bien no manifestaron expresamente su voluntad de arbitrar y no son parte directa de la relación jurídica material que contiene el convenio arbitral, prestaron consentimiento a través de su participación activa y determinante en el *iter contractual* o que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato².

Sin embargo, las partes no signatarias no son terceros. Por el contrario, son considerados verdaderas partes del arbitraje y su incorporación ocurre precisamente solo cuando sea posible demostrar su consentimiento al arbitraje, a través de su conexión determinante con la relación jurídico material.

En este orden de ideas, no es posible encontrar en la Ley de Arbitraje instituciones procesales como la intervención litisconsorcial, la intervención excluyente o la intervención coadyuvante.

Si bien la intervención terceros en el arbitraje no es *per se* incompatible con su naturaleza -en la medida en que medie acuerdo de todas las partes- no existen reglas ni disposiciones que instrumentalicen dicha intervención y que, entre otros asuntos, definan el alcance y límites de la intervención.

En este contexto, la única referencia posible para analizar la intervención coadyuvante de los reguladores se encuentra en las normas procesales.

III. La intervención coadyuvante como institución procesal

En principio, en el proceso intervienen los sujetos que asumen la posición de demandantes y demandados. Así, la relación jurídico procesal se compone - subjetivamente- por (i) un sujeto (demandante) que opone un interés tutelable frente al demandado; (ii) un sujeto (demandado) que, en principio, resiste la acción del demandante; y (iii) el órgano jurisdiccional que resuelve el conflicto de intereses jurídicamente relevante o una incertidumbre jurídica.

No obstante, las relaciones jurídicas materiales no siempre son así de simples. Muchas veces estas relaciones son tan complejas que involucran a una multiplicidad de sujetos, que actúan en distintos niveles, formando incluso relaciones jurídicas materiales paralelas, subyacentes o conexas a otras.

Esto desdibuja la relación simple de “*demandante versus demandado*” y hace necesaria la creación de instituciones procesales que reconozcan otras calidades de intervención para permitir la participación de otros sujetos en el proceso. Dentro de estas, encontramos las formas de intervención de terceros.

² Artículo 14 de la Ley de Arbitraje:

Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

La intervención de terceros en el proceso tiene como fundamento el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva y, en particular, el derecho al debido proceso. Así, la relación y el interés del tercero con el proceso -o con su resultado- justifica su derecho a participar en el proceso y ejercer actos procesales destinados a la defensa de dicho interés³.

La doctrina y el Código Procesal Civil reconoce distintas calidades de intervención de terceros, entre estos la intervención coadyuvante, la intervención litisconsorcial y la intervención excluyente. Para efectos del análisis en el presente artículo, me detendré únicamente en la intervención coadyuvante.

Conforme al artículo 97 del Código Procesal Civil, la intervención coadyuvante habilita a un sujeto (tercero) a intervenir en un proceso cuando acredite tener una relación jurídica sustancial con una de las partes, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda verse afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no sean opuestas a la posición y actos de la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho.

En palabras de Morales Godo, la intervención coadyuvante, también denominada por la doctrina como adhesiva, conservatoria o accesoria:

Se trata del supuesto en que el tercero tiene una relación sustancial con una de las partes, pero que el resultado del proceso no va a afectar directamente dicha relación jurídica, pero si dicho deudor es vencido en el proceso puede afectarlo de modo desfavorable indirectamente. (...) Se trata, pues, de un interés en el resultado del proceso, no porque tenga una incidencia directa en la relación sustancial que sostiene el tercero coadyuvante con el coadyuvado, ya que dicha relación no se va a alterar en absoluto. El interés radica en que el resultado puede, indirectamente, provocarle un beneficio⁴.

De ahí que el tercero tenga interés en colaborar con la defensa de dicha parte, "*por cuanto la victoria o la derrota de la parte ayudada implica correlativamente una ventaja o una desventaja tales que repercutan en una relación jurídica de la que es sujeto el interviniente*"⁵.

El coadyuvante actúa a nombre propio, con interés propio, y por cuenta propia⁶, pero sin derecho propio en el proceso.

³ No obstante, esto no determina que los terceros tengan los mismos derechos procesales que las partes o que su intervención sea necesaria para la validez de la relación jurídica procesal.

⁴ MORALES GODO, Juan. "La intervención de terceros voluntarios coadyuvantes". En *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" de la Facultad de Derecho y Ciencia política U.N.M.S.M.* Vol. 16 , N° 2, 2014, pp. 129-130.

⁵ PALACIOS PAREJA, Enrique, "La intervención del tercero en el proceso civil peruano". En *DERECHO 48/1994. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1994, pp. 65-66.

⁶ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América EJEJA, Vol II, 1977, pp. 409: "*Si se busca una expresión para caracterizar esa posición, sólo puede decirse que el interviniente adherente, como ya lo llamaron los romanos, es un participante del proceso (socius) un asistente del litigante para su propio derecho, en nombre propio y por cuenta propia*".

Pues bien, del artículo 97 del Código Procesal Civil y del desarrollo doctrinado sobre la intervención coadyuvante, es posible desprender algunas características relevantes:

“El tercero coadyuvante es una parte accesoria a la parte que coadyuva. Si bien el coadyuvante puede desplegar actividad procesal a nombre propio, está subordinado a la posición del coadyuvado y no puede modificar el objeto del proceso.”

En palabras de Devis Echandia:

“El coadyuvante es siempre una parte accesoria o secundaria, porque actúa para sostener las razones de un derecho ajeno, y en un plano distinto del de la parte principal, de subordinación a éste, ligado secundariamente a la posición de su coadyuvado”⁷.

De este modo, el tercero coadyuvante no puede realizar actos procesales que estén en oposición a la parte que ayuda y siempre que no impliquen disposición del derecho discutido. Así, por ejemplo, el coadyuvante no podrá formular pretensiones independientes, desistirse de pretensiones o del proceso, oponerse al desistimiento, formular allanamiento, interponer recursos impugnatorios y en general ningún acto procesal que se oponga al interés del coadyuvado.

- El coadyuvante es ajeno a la relación jurídica material objeto del proceso, de modo que no es titular de derechos u obligaciones derivadas de este, ni se encuentra, por tanto, legitimado a accionar por derecho propio.

La intervención del coadyuvante se sustenta en el interés que detenta sobre una relación jurídico material con una de las partes, que es distinta a la que es objeto del proceso.

- La intervención del coadyuvante es voluntaria. Tanto es así, que el coadyuvante puede optar por no intervenir en el proceso o incluso desistirse posteriormente de su intervención. De este modo, la falta de intervención del coadyuvante no constituye un vicio de nulidad de la relación jurídica procesal.
- La incorporación del coadyuvante presupone un análisis -caso por caso- del órgano jurisdiccional sobre el interés alegado y acreditado por el tercero, para determinar si corresponde autorizar su intervención.

⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad Buenos Aires, Tomo II, 1985, pp. 401.

IV. El alcance de la intervención coadyuvante de los organismos reguladores en la Ley de APP

Conforme al artículo 59 de la Ley de APP, la entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los arbitrajes para coadyuvar al patrocinio del Estado. A su turno, el Tribunal Arbitral tiene la obligación de permitir la participación de los reguladores.

Así, la intervención de los reguladores no es automática. En realidad, es responsabilidad de la entidad solicitar la intervención **oportuna** de los organismos reguladores en el arbitraje. Y, en el marco de dicha solicitud, el Tribunal Arbitral se encontraría obligado a conceder el pedido de incorporación.

Ahora bien, la norma determina que esta intervención ocurre en los arbitrajes en los que se discutan "*decisiones y materias vinculadas*" a la competencia de los organismos reguladores.

Como resulta evidente, esta última disposición no se refiere a decisiones o cuestiones que deriven del ejercicio de la función administrativa de los organismos reguladores, en tanto estos asuntos no son arbitrables y solo pueden ser discutidos en la vía administrativa.

Entonces, solo podría referirse a las decisiones o materias que, si bien competen a los organismos reguladores, no derivan del ejercicio de la función administrativa, sino que constituyen actos de ejecución contractual. Esto ocurre, por ejemplo, con la emisión de opiniones previas -o incluso autorizaciones- para la ejecución de adicionales de obra, ampliaciones de plazo, suspensión de prestaciones, modificaciones del contrato, entre otros.

En nuestro medio, es usual encontrar disposiciones de esta naturaleza en los Contratos APP -en particular en los contratos de concesiones de infraestructura- en los cuales se otorga, en mayor o menor medida, atribuciones a los organismos reguladores en el marco de la ejecución del contrato.

En este contexto, aunque el Tribunal Arbitral se encuentra obligado a permitir la incorporación de los reguladores, esta solo debería permitirse cuando el Tribunal verifique, después de analizar el alcance de la controversia, que existen asuntos que guardan relación con las atribuciones concedidas al regulador en el propio contrato.

Ahora bien, en el marco del alcance legal descrito, surgen algunas dudas sobre la verdadera naturaleza de la intervención de los organismos reguladores en el arbitraje y, en particular, sobre su compatibilidad y consistencia con la institución del tercero coadyuvante.

En primer lugar, probablemente la inconsistencia más relevante es que los organismos reguladores no son típicamente terceros respecto del contrato.

Como regla general, particularmente en proyectos de infraestructura bajo Ley de APP, el propio contrato reconoce y regula las facultades del organismo regulador en el marco de la ejecución contractual.

Es decir, el organismo regulador habitualmente forma parte de la relación jurídica material que da origen al arbitraje. Si bien el regulador no se comporta propiamente como una “parte”, tampoco es, en estricto, un tercero ajeno al contrato. Tanto es así, que el propio contrato le asigna y regula atribuciones y espacios de intervención en la ejecución contractual.

En segundo lugar, el tercero coadyuvante interviene en el proceso en virtud del interés que mantiene en su resultado, derivado de la relación sustantiva que mantiene con una de las partes y en virtud de la cual podría verse indirectamente perjudicado.

Esta relación sustantiva debe ser -evidentemente- exclusiva con una de las partes y excluyente respecto de la otra, pues el coadyuvante interviene precisamente para colaborar con la defensa de una de las partes, lo que presupone que actuará en contra del interés de la parte adversaria.

En este caso, sin embargo, cabe preguntarse ¿cuál es la relación sustantiva que mantiene el OSITRAN -de forma exclusiva- con la entidad? En principio, ninguna.

Los organismos reguladores no comparten la titularidad de los derechos de alguna de las partes en los contratos bajo Ley de APP, ni velan, en principio, por los intereses de la entidad. Las atribuciones de los reguladores deberían ejercerse en tutela de la finalidad del proyecto, conservando neutralidad respecto de las partes de sus intereses. Así, bajo el manto de la neutralidad, los organismos reguladores no tienen una relación jurídica material exclusiva con la entidad que resulte además ser excluyente respecto del privado.

Del mismo modo, cabe preguntarse, ¿cómo podría verse afectado -indirectamente- el organismo regulador con el resultado del arbitraje?

No resulta claro cómo el organismo regulador podría verse perjudicado -a título propio- si la entidad resulta vencida en el arbitraje, máxime considerando que, **en abstracto**, el regulador no tiene intereses propios que sean -siempre- excluyentes con los intereses del privado.

En tercer lugar, incluso cuando se considerase que el interés del organismo regulador recae en la defensa de las decisiones o atribuciones que le han sido otorgadas bajo el contrato y que entonces el resultado del arbitraje podría afectar **indirectamente** sus funciones como regulador, esto no presupone que defenderá -siempre- la posición de la entidad.

Podría ocurrir perfectamente, por ejemplo, que el organismo regulador emita una opinión previa en un sentido y que la entidad emita una decisión en un sentido contrario. Esto, en mi experiencia, no es poco usual.

En este contexto, el hecho de que la intervención coadyuvante de los reguladores esté pensada únicamente a favor de la entidad, entraña una inconsistencia estructural, pues, al ser una construcción ficticia en cuanto a su generalidad, no considera escenarios en los que el regulador debe intervenir en el arbitraje para defender la posición de la entidad, a pesar de que sus decisiones fueran contrarias a lo que la entidad defiende.

Como se ha dicho, los coadyuvantes tienen una participación accesorio a la parte coadyuvada y deben actuar de forma consistente con su defensa, lo que presupone no controvertir sus alegaciones.

Por lo tanto, una construcción genérica que resulte en **forzar** la intervención del regulador como coadyuvante de la entidad cuando su posición es incompatible con la defensa de la entidad, desnaturaliza la propia institución del coadyuvante y, por supuesto, genera un problema relevante de orden práctico, pues demandaría una dinámica constante durante todo el arbitraje de objetar todas las posibles alegaciones del regulador que no resulten compatibles con las de la entidad.

En cuarto lugar, la intervención del coadyuvante es siempre voluntaria. Como se ha explicado, el propio tercero coadyuvante puede optar por no intervenir en el proceso o, incluso, desistirse de su pedido de incorporación si pierde interés.

No obstante, la intervención coadyuvante regulada en la Ley de APP no parece ser voluntaria ni parece depender del propio regulador. En efecto, existen solo dos actuaciones relevantes en el trámite (i) la responsabilidad de la entidad de solicitar la intervención del organismo regulador como coadyuvante; y (ii) la obligación del Tribunal Arbitral de permitir dicha intervención. Ninguna de estas decisiones está en cabeza del regulador.

La Ley de APP no prevé la facultad del organismo regulador de negarse a intervenir en el arbitraje o de desistirse posteriormente de su intervención. El regulador no parece tener voz ni voto.

De lo anterior se desprende que la figura de intervención coadyuvante prevista en la Ley de APP no resulta estructuralmente compatible con la institución procesal en la que se inspira. De este modo, se trata de una forma especial de intervención coadyuvante creada por la Ley de APP.

En el fondo, la Ley de APP busca crear de forma ficticia una especie de co-defensa del Estado en los arbitrajes y la denomina “*intervención coadyuvante*”, con un fin esencialmente pragmático: reducir las posibilidades de que el Estado resulte vencido en el arbitraje.

Esto ocurre, en mi opinión, porque en la práctica suele equipararse el **interés del proyecto** con el **interés en la actuación de la entidad**, pese a que estos no siempre son sinónimos.

No es poco frecuente que la actuación de la entidad sea contraria al interés del proyecto o, incluso, que sea contraria al propio contrato. Esto genera escenarios en los que la entidad actúa de forma arbitraria, contraviene sus contratos y termina defendiendo posiciones que no garantizan ni priorizan el fin público ni la ejecución de los proyectos. Ciertamente, a veces el Estado entrapa más de lo que libera.

Entonces, el interés de la entidad de defender sus propias actuaciones en un arbitraje no siempre responde al interés y a la defensa del proyecto. El problema es que los reguladores se encuentran en el medio del campo de batalla y la norma no les da más opción que sumarse a las filas de la entidad.

V. Los problemas prácticos de la intervención de los organismos reguladores en el arbitraje

Además de las cuestiones advertidas en la sección previa, es notoria la falta de regulación del procedimiento para la incorporación de los organismos reguladores como coadyuvantes en el arbitraje. Esto ha ocasionado una aplicación cuando menos dispareja, dependiendo de la visión del Tribunal Arbitral y de la permisividad de las partes en cada caso.

El primer problema se relaciona con el análisis de las solicitudes de incorporación de los organismos reguladores como coadyuvantes.

Así, por ejemplo, es frecuente encontrar casos en los que el Tribunal Arbitral da por sentado que el organismo regulador debe ser incorporado como adyuvante - en virtud de la obligación que le impone la Ley de APP de “*permitir su intervención*”- sin analizar de modo suficiente el alcance de la controversia para verificar si los asuntos se relacionan con decisiones o con materias que derivan de la competencia asumida por el regulador bajo el contrato.

Esto ocurre bajo la premisa de “*en caso de duda, mejor permitir la incorporación, para salvar responsabilidad*”.

El segundo problema deriva del momento en el que se solicita la incorporación del organismo regulador como coadyuvante de la entidad.

Sin duda, la posibilidad de solicitar la incorporación del coadyuvante no precluye, y menos aún en un procedimiento flexible como el arbitraje. Bajo esta lógica, las solicitudes de incorporación de los organismos reguladores como coadyuvantes suelen ser “**tardías**”, ocurriendo mayoritariamente cuando la entidad presenta su escrito de contestación de demanda o incluso varios meses después de la presentación de este escrito.

Por ejemplo, en el Caso Arbitral 067-2016-CCL -arbitraje entre Metro de Lima Línea 2 S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“MTC”)- se da cuenta de la presentación de una solicitud de incorporación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

("OSITRAN") como coadyuvante del MTC , en el escrito de contestación de demanda⁸.

En similar sentido, en el Caso Arbitral 102-2017-CCL -arbitraje iniciado por GyM Ferrovías S.A. contra el MTC- se da cuenta de la presentación de una solicitud de incorporación del OSITRAN como coadyuvante del MTC, tres meses después de la presentación de su escrito de contestación de demanda⁹.

El problema es que, cuando las solicitudes de incorporación ocurren después de la determinación de las reglas del arbitraje y del calendario procesal, se generan una serie de inconvenientes para el trámite del arbitraje.

Es claro que el organismo regulador podrá realizar actos procesales independientes (presentar escritos, ofrecer medios probatorios, formular pedidos de reconsideración) en tanto no entren en contradicción con los actos de la entidad. Sin embargo, cuando estos no han sido previstos en las reglas del arbitraje o en el calendario procesal se generan incidentes con relación a, por ejemplo:

- a. Los plazos para absolver la posición de la entidad en los distintos incidentes que surjan durante el arbitraje. Los plazos previstos en las reglas del arbitraje y el calendario procesal consideran la oportunidad suficiente para que el privado ejerza su derecho de defensa respecto de la entidad, pero esta situación podría alterarse si el privado ahora tiene que pronunciarse también sobre la posición del organismo regulador.
- b. La dinámica de las audiencias. Es necesario revisar las reglas del procedimiento para garantizar que la entidad y el organismo regulador tengan oportunidad suficiente para presentar su posición, presentar a sus expertos, testigos, etc; pero sin alterar el principio de igualdad de armas. Es decir, podrán ampliarse los tiempos de intervención de las partes en audiencia, pero los tiempos que se concedan a la entidad y el regulador en conjunto deben ser los mismos que se conceda al privado.

Una práctica recomendable para evitar estos problemas es que las entidades presenten su solicitud de incorporación del organismo regulador en la primera actuación procesal (su solicitud de arbitraje o su repuesta a la solicitud de arbitraje). Esto permitiría que las reglas del arbitraje y el calendario procesal consideren y definan la participación del regulador desde el inicio del procedimiento.

Y cuando no sea posible advertir que la controversia se relaciona con decisiones o materias de competencia del regulador en una etapa temprana del arbitraje, la solicitud de incorporación del coadyuvante tendría que presentarse tan pronto sea posible y en ese momento debería permitirse una revisión de las reglas del

⁸ Caso 067-2016-CCL. "Arbitraje entre Metro de Lima Línea 2 S.A. y el MTC", Laudo del 17 de octubre de 2017, pp. 3.

⁹ Caso 102-2017-CCL. "Arbitraje entre GyM Ferrovías S.A. y el MTC", Laudo del 20 de diciembre de 2019, pp. 7, 9.

procedimiento para que la intervención del coadyuvante sea ordenada y no se perjudique a la parte contraria.

Otra opción es que el Tribunal Arbitral consulte a la entidad -al inicio del procedimiento y antes de la definición de las reglas del arbitraje y el calendario procesal- si solicitará la incorporación del organismo regulador.

Un tercer problema, derivado precisamente de la falta de regulación, tiene que ver con el alcance de las atribuciones del organismo regulador una vez incorporado al arbitraje. Es decir, qué puede hacer y qué no puede hacer el organismo regulador cuando ingresa al arbitraje.

Por definición, un coadyuvante ingresa en la etapa en la que se encuentre el proceso. Su intervención no anula las actuaciones previas, no modifica el objeto del proceso ni retrotrae el estado del proceso¹⁰.

Sin embargo, en la práctica es posible encontrar decisiones sobre la incorporación de los organismos reguladores que en el fondo reabren etapas procesales, pues (i) suspenden actuaciones procesales programadas hasta que se produzca la incorporación del organismo regulador; (ii) otorgan una oportunidad para que el coadyuvante presente su escrito de posición, pese a haber concluido la etapa postulatoria; e (iii) incluso se admite el ofrecimiento de pruebas una vez superada la etapa prevista.

Por ejemplo, en el Caso Arbitral 0129-2017-CCL -un arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el MTC- se verifica que el pedido de incorporación del OSITRAN como coadyuvante del MTC se presentó dos días antes de la fecha programada para la audiencia de ilustración de hechos. Esto ocasionó que la referida audiencia se reprogramara, a solicitud de las partes, hasta que se incorporara al OSITRAN¹¹.

En principio, no existe razón para suspender las actuaciones programadas con anterioridad a la incorporación del coadyuvante. El coadyuvante ingresa al proceso en la etapa en la que se encuentre y su incorporación no determina la suspensión del proceso ni la reapertura de etapas procesales que hubiesen concluido.

Otro ejemplo interesante es el Caso Arbitral 168-2018-CCL -arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el MTC- en el cual el MTC solicitó la incorporación del OSITRAN como coadyuvante en su escrito de contestación de demanda. Luego de admitir la incorporación del OSITRAN, el Tribunal Arbitral concedió al OSITRAN un plazo para presentar su posición. Además, se dispuso la suspensión de la audiencia única. En el plazo concedido, OSITRAN presentó su posición y además ofreció medios probatorios. Esto motivó que el Tribunal

¹⁰ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América EJE, Vol. II, 1977, pp. 444-445.

¹¹ Caso Arbitral 0129-2017-CCL. "Un arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones", Laudo del 17 de mayo de 2018, pp. 15-17.

Arbitral concediera un plazo adicional de absolución a favor de Aeropuertos Andinos del Perú S.A.¹²

Si bien la flexibilidad del arbitraje matiza la preclusión de etapas procesales, en los ejemplos descritos se produce una reapertura de etapas procesales que no resulta consistente con la naturaleza de la incorporación de un tercero coadyuvante. Esto, además, ocasiona perjuicios al privado, pues, en el fondo, se otorga a la entidad una segunda oportunidad -a través del coadyuvante- para presentar alegaciones u ofrecer medios probatorios. Además, como resulta evidente, esta situación dilata el trámite del arbitraje.

VI. Conclusiones

Conforme al artículo 97 del Código Procesal Civil, la intervención coadyuvante habilita a un sujeto (tercero) a intervenir en un proceso cuando acredite tener una relación jurídica con una de las partes, que pueda ser indirectamente afectada si dicha parte es vencida. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

La incorporación de la institución del tercero coadyuvante en arbitrajes derivados de Contratos APP ha sido objeto de amplio debate en doctrina. La intervención de los organismos reguladores como coadyuvantes, además de no encontrarse regulada en la Ley de Arbitraje, es difícilmente compatible con la institución procesal del tercero coadyuvante en la que se inspira, que la convierten, en mi opinión, en una forma especial de intervención coadyuvante.

Además, la ausencia de una regulación suficiente y específica para la naturaleza del rol que desempeñan los organismos reguladores en los Contratos APP ha derivado en algunas inconsistencias en su aplicación.

Todas estas circunstancias hacen necesario repensar la conveniencia de mantener la intervención coadyuvante de los reguladores en la Ley de APP o, en todo caso, definir con claridad el alcance y los límites de dicha intervención. Mientras tanto, corresponderá a las partes y al Tribunal Arbitral, a través de buenas prácticas, diseñar reglas que impidan que la intervención coadyuvante se convierta en una medida para entorpecer o dilatar el arbitraje o para inclinar la balanza a favor de una de las partes.

¹² Caso Arbitral 168-2018-CCL. "Arbitraje entre Aeropuertos Andinos del Perú S.A. y el MTC", Laudo del 11 de marzo de 2020, pp. 5-6.