

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

EL ARTÍCULO 986 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

Para optar	:	El título profesional de abogado
Autores	:	Bach. Berrocal Ramos Marisol Carolina
	:	Bach. Quispialaya Guerra Jaime
Asesor	:	Mg. Vivanco Nuñez Pierre Moises
Línea de investigación institucional	:	Desarrollo humano y derechos
Área de investigación institucional	:	Ciencias sociales
Fecha de inicio y de culminación	:	29-03-2022 a 12-12-2022

HUANCAYO – PERÚ
2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

MG. PAZ VELA MARIANO MAXIMILIANO

Docente Revisor Titular 1

MG. CAJAHUANCA QUISPE RUTH DENISSE

Docente Revisor Titular 2

ABG. DIAZ ÑAUPARI EDUARDO ALBERTO

Docente Revisor Titular 3

DR. CHIMAICO CORDOVA ROMMEL

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

Dedico esta tesis con todo el amor del mundo a mi papá y mamá, quienes están en el cielo, quienes han sido los guías en mi camino para poder llegar a este punto de mi carrera, y con su ejemplo y dedicación siempre me incentivaron a lograr todos mis anhelos, los amo.

A mi madre: Zoraida, por su amor, comprensión y apoyo constante hacia mi formación personal y profesional. Y a mis abuelos, Felicita y Jesús, quienes son un ejemplo de superación.

Los Autores.

AGRADECIMIENTO

A nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por formarnos profesionalmente para convertirnos en Abogados y por ello nos sentimos orgullosos de haber egresado de sus aulas.

A nuestro asesor de tesis, el Mg. Pierre Moisés Vivanco Nuñez, por sus consejos, por su disposición, paciencia y todas las facilidades que nos brindó para poder desarrollar esta investigación.



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
 DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



CONSTANCIA

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO
 TURNITIN

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace constar por la presente, que el informe final de tesis titulado:

“EL ARTÍCULO 986 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO.”

AUTOR (es) : **BERROCAL RAMOS MARISOL CAROLINA**
QUISPIALAYA GUERRA JAIME

ESCUELA PROFESIONAL : **DERECHO**

FACULTAD : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

ASESOR (A) : **MG. VIVANCO NUÑEZ PIERRE MOISES**

Que fue presentado con fecha: **23/03/2023** y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: **27/03/2023**; con la siguiente configuración del Software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía.
- Excluye citas.
- Excluye cadenas menores a 20 palabras
- Otro criterio (especificar)

Dicho documento presenta un porcentaje de similitud de **15 %**

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 30%. Se declara que el trabajo de investigación: Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 29 de marzo del 2023.

Dr. Oscar Lucio Ninamango Solís
 DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
 DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONTENIDO DE FIGURAS	xii
RESUMEN.....	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	18
1.1. Descripción de la realidad problemática	18
1.2. Delimitación del problema	23
1.2.1. Delimitación espacial.....	23
1.2.2. Delimitación temporal.	23
1.2.3. Delimitación conceptual.	23
1.3. Formulación del problema.....	24
1.3.1. Problema general.	24
1.3.2. Problemas específicos.....	24
1.4. Justificación de la investigación.....	24
1.4.1. Justificación social.	24
1.4.2. Justificación teórica.	24
1.4.3. Justificación metodológica.	25
1.5. Objetivos de la investigación	25
1.5.1. Objetivo general.....	25
1.5.2. Objetivos específicos.	25
1.6. Hipótesis de la investigación.....	25
1.6.1. Hipótesis general.....	25
1.6.2. Hipótesis específica.	26
1.6.3. Operacionalización de categorías.	26
1.7. Propósito de la investigación.....	27
1.8. Importancia de la investigación.....	27
1.9. Limitaciones de la investigación	27
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	28

2.1. Antecedentes de la investigación.....	28
2.1.1. Internacional.	28
2.1.2. Nacional.	34
2.1.3. Local.	40
2.2. Bases Teóricas	40
2.2.1. Interpretación del artículo 986 del Código Civil.	40
2.2.1.1. <i>La copropiedad y la división y partición.</i>	40
2.2.1.1.1. <i>La copropiedad.</i>	40
a. <i>Evolución histórica del condominio en el Derecho Romano.</i>	41
b. <i>La copropiedad dentro del Derecho Civil Peruano.</i>	42
b.1. <i>Presunción de igualdad de cuotas entre los copropietarios.</i> ...	42
c. <i>La copropiedad y la comunidad hereditaria.</i>	44
d. <i>Indivisión de bien inmueble.</i>	44
d.1. <i>indivisión por voluntad del testador.</i>	45
d.2. <i>indivisión por voluntad de los sucesores.</i>	45
d.3. <i>indivisión legal.</i>	46
d.4. <i>indivisión por mandato judicial.</i>	46
e. <i>Extinción de la copropiedad.</i>	47
e.1. <i>Modos de extinguir la copropiedad</i>	47
e.1.1. <i>División y partición del bien común.</i>	47
e.1.2. <i>Comunión de las cuotas comunes en una.</i>	48
e.1.3. <i>Destrucción total o pérdida del bien.</i>	49
e.1.4. <i>Venta a un tercero.</i>	49
e.1.5. <i>Perdida del derecho de propiedad de los copropietarios.</i> 50	
2.2.1.1.2. <i>División y partición de bien inmueble.</i>	50
a. <i>Partición.</i>	51
a.1. <i>Definición.</i>	51
a.2. <i>Naturaleza jurídica.</i>	52
a.2.1. <i>Teoría traslativa o constitutiva.</i>	52
a.2.1. <i>Teoría declarativa.</i>	52
a.2.1. <i>Teoría adoptada por el código civil.</i>	53
b. <i>Tipos de partición.</i>	53

<i>b.1. Partición judicial.</i>	53
<i>b.2. Partición extrajudicial.</i>	54
<i>c. Formas de partición.</i>	55
<i>c.1. Partición convencional</i>	55
<i>c.1.1. Mediante convenio entre los copropietarios.</i>	55
<i>c.1.2. Partición convencional por azar.</i>	57
<i>d. Efectos de la partición.</i>	57
<i>d.1. Respecto a los copropietarios.</i>	58
<i>d.2. Respecto a terceros.</i>	58
<i>d.3. Respecto a los bienes en común.</i>	59
<i>e. Características.</i>	59
<i>e.1. Es imperativo.</i>	59
<i>e.1.1. Carácter real de la partición.</i>	60
<i>e.1.2. Carácter personal de la acción de partición.</i>	60
<i>e.1.3. Carácter mixto de la acción de partición.</i>	60
<i>e.2. Es imprescriptible.</i>	61
<i>e.2.1. La imprescriptibilidad de la pretensión de partición.</i>	61
<i>e.2.2. La prohibición de los copropietarios de adquirir por prescripción la propiedad de los bienes comunes,</i>	62
<i>e.3. Es personal.</i>	62
<i>e.4. Es adquirido.</i>	62
<i>e.5. Es constitutivo.</i>	62
<i>f. Proceso de división y partición judicial.</i>	63
<i>f.1. Sujetos legitimados para instarla.</i>	63
<i>f.2. Requisitos de procedencia.</i>	63
2.2.2. Abuso del derecho.	63
2.2.2.1. Historia.	63
2.2.2.2. Concepto del abuso del derecho.	64
2.2.2.3. Naturaleza jurídica.	66
2.2.2.4. ¿Cuándo existe abuso del derecho?	68
2.2.2.5. Criterios para su determinación.	69
2.2.2.5.1. Criterio objetivo.	70

2.2.2.5.2. Criterio subjetivo.....	71
2.2.2.5.3. Criterio ecléctico.....	71
2.2.2.6. Presupuestos del abuso del poder.....	72
2.2.2.7. Teoría del abuso del derecho.....	73
2.2.2.7.1. La naturaleza del acto abusivo.....	73
2.2.2.7.2. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del derecho.....	74
2.2.2.7.3. El ejercicio abusivo del derecho dentro del Código Civil peruano.....	74
A. Supuestos de abusos de derecho dentro del common law.....	74
B. El abuso de derecho en el ámbito jurídico latinoamericano.	75
2.2.2.7.4. El abuso de derecho en la jurisprudencia del Perú.	76
2.2.2.8. Diferencias con Figuras Afines.....	77
g. El principio de igualdad.....	78
h. El principio de equidad.....	79
h.1. El principio de equidad y la contravención del principio de igualdad ante la ley.....	80
2.2.2.9. En el derecho comparado.....	81
2.2.2.9.1. Alemania.....	81
2.2.2.9.2. Suiza.	82
2.2.2.9.3. España.....	82
2.2.2.9.4. Portugal.....	83
2.2.2.9.5. Argentina.....	83
2.2.2.9.6. Venezuela.....	84
2.2.2.9.7. Brasil.....	84
2.3. Marco conceptual.....	85
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	87
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	87
3.2. Metodología.....	88
3.3. Diseño metodológico.....	89
3.3.1. Trayectoria metodológica.....	89
3.3.2. Escenario de estudio.....	90

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	90
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	90
3.3.4.1. <i>Técnicas de recolección de datos</i>	90
3.3.4.2. <i>Instrumentos de recolección de datos</i>	90
3.3.5. Tratamiento de la información.....	91
3.3.6. Rigor científico	92
3.3.7. Consideraciones éticas.....	92
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	93
4.1. Descripción de los resultados	93
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.....	93
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.....	106
4.2. Contrastación de las hipótesis	107
4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno	107
4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos.....	114
4.2.3. Contrastación de hipótesis general	122
4.3. Discusión de los resultados	123
4.4. Propuesta de mejora	127
CONCLUSIONES.....	128
RECOMENDACIONES.....	129
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130
ANEXOS	138
Anexo 1: Matriz de consistencia	139
Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías.....	140
Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento.....	141
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	142
Anexo 5: Validación de expertos del instrumento	144
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolecto los datos	144
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectara los datos.....	144
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas	144

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos	144
Anexo 10: Evidencias fotográficas.....	144
Anexo 11: Declaración de autoría	145

CONTENIDO DE FIGURAS

Figura 1. Casación 5061-2017-Lima 19

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centró en desarrollar el **problema general**: ¿De qué manera el artículo 986 del Código Civil peruano que regula el derecho a la partición convencional puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?, respecto al **objetivo** que tuvo el trabajo consta en Analizar cómo puede ser manipulado el artículo 986 del Código Civil peruano para ejercicio abusivo del derecho, como **hipótesis** se planteó que El artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes como para la convencional por sorteo, la investigación consto de un enfoque metodológico cualitativo con una postura epistemológica jurídica de corte teórico del iuspositivismo, con una metodología paradigmática propositiva, se utilizó como técnica la observación documental e instrumento a las fichas textuales y de resumen, las cuales fueron procesadas mediante el uso de la argumentación jurídica, el rigor científico del trabajo se basa en los fundamentos normativos y doctrinarios. El **resultado**, más importante fue: Que actualmente la partición convencional en sus dos formas no se encuentra ajustadas a una realidad equitativa. Como **conclusión** se demuestra que existe una relación positiva entre la partición convencional por sorteo con el abuso de derecho, la **recomendación** es: Modificar el artículo 986 del código Civil, para que el mismo sea ajustable al derecho.

Palabras clave: Copropiedad, división y partición, partición por convenio y partición convencional por sorteo.

ABSTRACT

The present research work focuses on developing the **general problem**: How is article 986 of the Peruvian Civil Code related to the abusive exercise of the right? Regarding the **objective** of the work, it consists in analyzing the way in which it is related article 986 of the Peruvian Civil Code with the abusive exercise of the right, having as a **hypothesis** that article 986 of the Peruvian Civil Code is partially correctly related to the abusive exercise of the right, the research consists of a qualitative **methodological** approach with a legal epistemological position of theoretical cut of iuspositivism, with a proactive paradigmatic methodology, documentary observation was used as a technique and an instrument for textual and summary records, which were processed through the use of legal argumentation, the scientific rigor of the work is based on the fundamentals normative and doctrinal. The most important result was that currently the conventional partition in its two forms is not adjusted to an equitable reality. Having as a conclusion that the positive relationship that exists between the conventional partition by lottery with the abuse of rights was analyzed and identified, the recommendation was: Modify article 986 of the Civil Code, so that it is adjustable to the law.

Keywords: Co-ownership, division and partition, partition by agreement and conventional partition by lottery.

INTRODUCCIÓN

Por ello la presente tesis lleva como **título**: “El artículo 986 del Código Civil peruano y su ejercicio abusivo del derecho”, cuyo **propósito** fue la de modificar el artículo 986 del Código Civil, para evitar así continúe su ejercicio abusivo durante los procesos de división y partición de la masa común, **a fin** de que ya no se vulnere los intereses económicos y sociales de los que salgan menos beneficiados después de realizada la partición.

Respecto a la **metodología paradigmática** que se utilizó en la presente investigación fue la metodología teórica, por lo que, se analizó e interpretó el artículo 986 del Código Civil peruano, mediante la interpretación y análisis de los presupuestos que se establece para la aplicación de cualquiera de sus dos formas, así también se empleó la **teórica jurídica** con una postura epistemológica iuspositivista para dar un interpretación a las normas legales como son el Código Civil, la Constitución Política, y otros con el fin de lograr un mayor énfasis inductivo de los conceptos y teorías jurídicas recolectadas, las mismas que fueron contrastadas con el actual ordenamiento jurídico, por último, se usó la **argumentación jurídica** a fin de fundamentar y motivar las variables y dimensiones desarrolladas en el presente trabajo.

Por ello en el **primer capítulo** desarrollaremos lo que es el planteamiento del problema, donde se describirá el problema encontrado dentro de la realidad subjetiva dogmática del artículo 986 del Código Civil peruano, los síntomas, pronósticos que se han presentado, así como su delimitación, objetivos del trabajo, hipótesis planteadas, y la operacionalización de las categorías, todo ellos desarrollado para poder comprender correctamente los problemas, objetivos e hipótesis tanto generales como específicas.

Donde se verá que el presente trabajo de investigación tiene como problema general el siguiente: ¿De qué manera el artículo 986 del Código Civil peruano que regula el derecho a la partición convencional puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?, teniendo como objetivo general: Analizar cómo puede ser manipulado el artículo 986 del Código Civil peruano para ejercicio abusivo del derecho, mientras que la hipótesis general fue: El artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del

derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes como para la convencional por sorteo.

Dentro del **segundo capítulo** se desarrolla el marco teórico, al que dividiremos en 3 subtítulos, siendo que, en el primero se desarrollaran los antecedentes de la investigación, en el siguiente las bases teóricas de las categorías y subcategorías en las que se fundamentaran el presente trabajo de enfoque cualitativo teórico, por último, se desarrollará el marco conceptual que brindara una mejor comprensión de los términos usados durante el desarrollo del trabajo.

En el **tercer capítulo** titulado Metodología que ha seguido el presente trabajo, donde se señalará que el enfoque de investigación que se utilizo fue el cualitativo teórico jurídico, y la postura epistemológica usada fue la del iuspositivismo, la misma que fue sustentada, metodología paradigmática tipo propositivo, el análisis estructural de las normas reguladas dentro del ordenamiento jurídico peruano, el escenario de estudio, los sujetos a analizar el rigor científico donde se especifica el camino que ha seguido la investigación, la técnica de recolección utilizada (observación y análisis documental), el instrumento de recolección de datos (mediante el uso de fichas textuales, bibliográficas, resumen entre otros).

Dentro del **cuarto capítulo** que lleva por título Resultados de desarrollar de manera sistemática la **descripción** analítica de los datos recolectados, siendo que los resultados más destacados fueron:

- Que, para la existencia del derecho de realizar el acto de partición y división de un bien inmueble, se requiere de la existencia del derecho de copropiedad, la cual se determina por la existencia de diversos titulares sobre un mismo derecho real de la cosa común, los cuales se dividen los bienes de manera subjetiva en base, ya sea, al aporte que otorgaron a la hora de adquirir dicho derecho, o en el caso de que la copropiedad a nacido por *mortis causa* se atenderá a lo establecido dentro del artículo 970 del Código Civil peruano misma que nos señala que las cuotas ideales que le correspondan a cada copropietario serán **iguales**.
- Se ha encontrado que actualmente el Código Civil peruano regula dos formas de partición convencional dentro de su artículo 986, uno que será

por convenio entre las partes, donde las mismas deberán de manifestar su voluntad común unitaria; y la que es realizada mediante el uso del “sorteo” o también denominado “azar”, donde los copropietarios deciden dejar a la suerte que bienes o que parte del inmueble se le adjudicara

- Pero en los casos en los que ocurriera la oposición por cualquiera de los copropietarios de continuar con estos tipos de particiones convencionales mediante un proceso extrajudicial, se acudiría de manera inmediata a la vía judicial, para que sea el juez quien resuelva dicha controversia al tener la investidura para realizar dicho acto, aquí nos preguntaríamos ¿si al ingresar a vía judicial los copropietarios pierden su derecho a decidir cómo realizar la partición? Pues no, ya que, como se desarrolla dentro de este capítulo el juez deberá de adoptar las soluciones plasmadas dentro de las normas jurídicas, que hoy son materia de análisis.
- Así también, se ha descrito la sustancialidad y extensión del ejercicio abusivo del derecho, mediante la recolección teórica de diversos autores que señalan los presupuestos, criterios objetivos y subjetivos que se deben tener presente para determinar la existencia del abuso del derecho que se esté realizando mediante la aplicación de un derecho objetivo en el derecho subjetivo, donde haciendo uso de la buena fe, y otros causan perjuicios a los intereses sociales y económicos de terceros.

Luego se plasmará la **contrastación** de la realidad demostrada mediante la recolección de datos con las hipótesis planteadas dentro del primer capítulo, para así pasar a desarrollar la **discusión** de los resultados para así generar una **propuesta de mejorar** para evitar que los problemas desarrollados sigan presentándose.

Al finalizar la tesis se adjuntarán una serie de **conclusiones** a las que se ha llegado durante el desarrollo del presente trabajo, así como las **recomendaciones** a las que se han arribado.

Es del más profundo interés que el trabajo pueda asentarse como base para las futuras investigaciones o para un nuevo cambio legislativo, para que así los legisladores puedan determinar y regular los presupuestos esgrimidos a fin de evitar que esta realidad analizada siga continuando.

Los autores.

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

En la actualidad el legislador le ha otorgado al acto de partición y división de bienes la calidad de negocio jurídico, puesto que se ha otorgado a los mismos copropietarios la facultad de poder realizar dichos actos de manera personal y privada sin la necesidad de la intervención de un funcionario público, mientras exista comunión y unión de voluntades; y también señala que en el caso de que existiera oposición durante el acto de partición privada entre las partes, los mismos solo podrán hacer uso de la vía judicial, bajo el fundamento de que “(...) ningún copropietario está obligado a permanecer en un régimen de copropiedad, que no quiera (...)” (Morillo, 2018, pp. 139-152), teniendo ello presente es que el deber y obligación del legislador es brindar los criterios y presupuestos a tener en cuenta a fin de evitar que dicha facultad sea ejercida de manera abusiva, ello en base a que en nuestro país la mayoría de personas específicamente los copropietarios muchas veces no tienen conocimientos jurídicos apropiados para realizar dichos actos.

Es más, si tenemos en cuenta que nuestra cultura se basa en buscar el facilismo y reducción de costos a la hora de realizar diversos actos, que a futuro muchas veces resultan en perjudiciales para el copropietario menos beneficiados con la repartición, a través de un análisis dogmático hemos encontrado que pese al arduo proceso de elaboración y cuidado que el legislador ha tenido sobre este negocio jurídico a través del uso de la legalidad y uso del principio de la autonomía de las voluntades de los copropietarios, se ha encontrado un supuesto de hecho que atenta contra los intereses de los mismos copropietarios intervinientes e incluso sobre otros terceros, dando paso así que el artículo que regula la partición convencional en la forma de convenio y “sorteo”, tenga cierta relación con ejercer abusivamente este derecho otorgado a los copropietarios.

Si bien es cierto, todo puede suceder en la división y partición, suele pasar que al aplicar dicha figura se haga una preterición o no se incluya a un heredero para que también forme parte de la masa hereditaria, como consta en la Casación 5061-2017 Lima, que con el considerando sexto describe que el a quo y a quem no permitieron el ingreso como litisconsorte activo a la señora Clara Luz Amelia Huidobro Pintado, quien era hija extramatrimonial de Gerardo Alfredo Huidobro

de la Flor, que por consecuencia lógica, la hija también debía formar parte en la división y partición con convenio, situación que solo en casación declararon nula la no participación para la división y partición de la masa hereditaria.

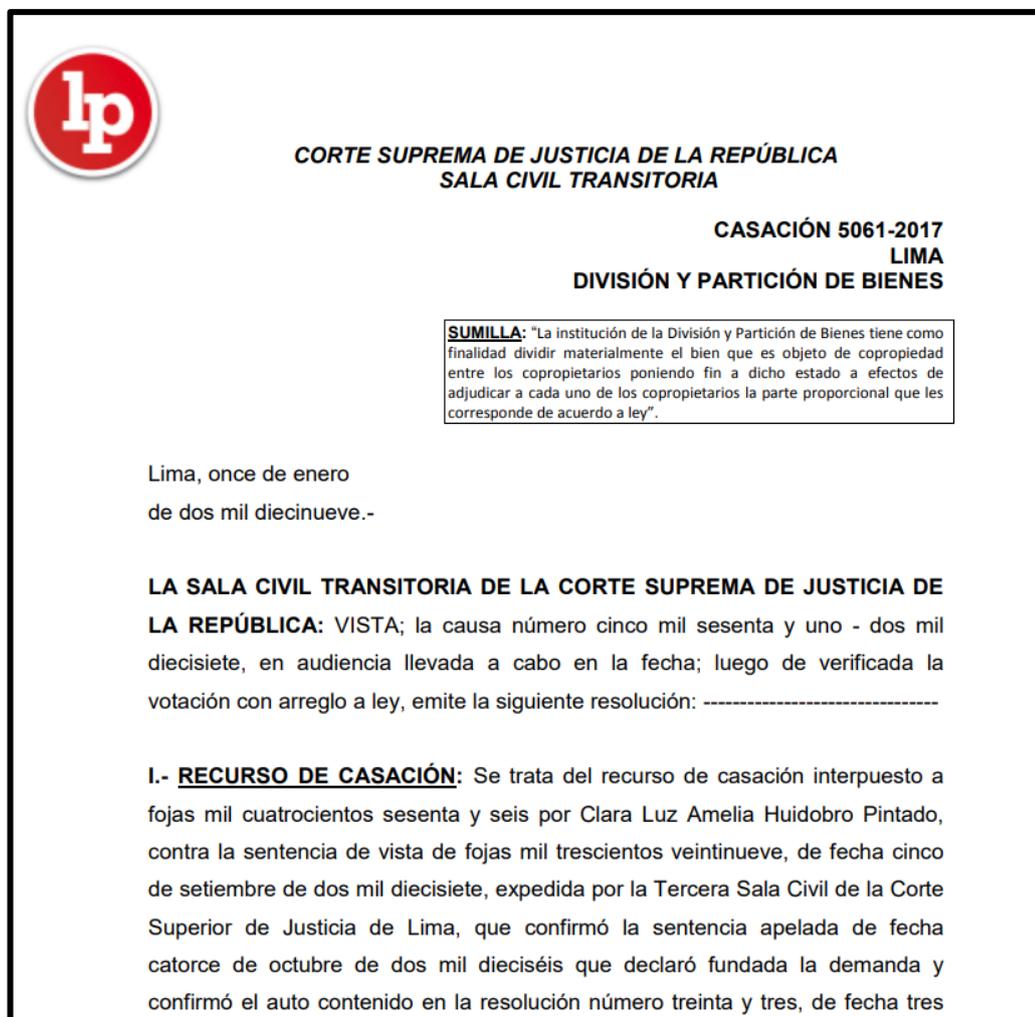


Figura 1. Casación 5061-2017-Lima

Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Civil Transitoria (2017)

Entonces, cuando se trata de una división y partición, cabe grandes probabilidades o de bien excluir, negar o reducir la masa hereditaria de algún heredero, o en todo caso de coaccionar a obtener una parte del predio que no le conviene mediante tecnicismos o estrategias de igualdad o pseudo equidad, lo cual para un diagnóstico más académico y doctrinario se puede evidenciar un ejercicio abusivo del derecho, por esa razón es que, el **diagnóstico del problema** encontrado en la realidad se basa en la falta del uso del principio de equidad durante la aplicación de cualquiera de las dos formas de partición que establece el artículo 986

del Código Civil peruano, ya sea en la partición convencional por convenio donde las partes son las que deciden por decisión unánime la división y partición de los bienes comunes o durante el uso de la partición convencional por sorteo donde al igual que el primero las partes podrán hacer uso de su manifestación de voluntad para otorgar al juez la decisión de realizar el acto de partición, donde primero se delimitaran los bienes para que posterior a ello el juez mediante la facultad que se le otorgo proceda a realizar el acto de sortear.

Desde el punto señalado **pareciera que no existe ningún problema** relevante al derecho, dado que , se está cumpliendo con lo que el artículo señala que se debe realizar en esos actos, pero nosotros vemos que si existe abuso de derecho **no durante la aplicación, ni después de realizado**, sino durante los actos a priori al acto donde se determinan los presupuestos y criterios que se deben tener en cuenta para realizar el acto, puesto que, actualmente solo se determina su uso en base a que las partes otorguen su manifestación de voluntad en unanimidad de realizar cualquiera de estas dos formas de partición, en el caso de la partición convencional por convenio son las partes quienes tienen la facultad de decidir la forma en la que se dividirán y quienes se adjudicaran de los bienes divididos, en cambio en la partición convencional por sorteo es el juez quien tiene la facultad de hacer la división y partición de los bienes siguiendo lo señalado dentro del artículo 970 del Código Civil peruano que determina la presunción de igualdad de cuotas ideales, como es bien sabido la partición de los bienes se realiza en proporción a las cuotas ideales correspondientes a cada copropietario durante la copropiedad, por lo que guiándose en ello el juez dividirá en partes igual los bienes y sorteara los mismos para adjudicarlas dependiendo de la suerte de cada copropietario, basándose únicamente en que los copropietarios aceptaron por unanimidad realizar de esa manera dicho acto, pero en esos supuestos solo se ha determinado que las partes otorguen su manifestación de voluntad en unidad, sin determinar positivamente que esta manifestación debe versar sobre la protección de la equidad proporcional de los bienes comunes entre las partes.

En otras palabras, la norma no establece como los titulares del derecho de partición deben de actuar para ejercer su derecho subjetivo mediante el uso del derecho objetivo establecido dentro del artículo 986 del Código Civil peruano.

En cuanto, **al pronóstico de la investigación** (o repercusión negativa) se encuentra que el artículo 986 del Código Civil estaría permitiendo hacer uso de un ejercicio abusivo del derecho de partición otorgado a los titulares del derecho de copropiedad de un mismo inmueble, así mismo, no se estaría protegiendo el estado constitucional de derecho, ello pese a que en un momento determinado las personas hayan escogido o manifestado su voluntad de realizar dicho acto, la ley tiene el deber de otorgarle las precisiones exactas para evitar que las mismas hagan un ejercicio abusivo del derecho entre ellas.

Así mismo, al permitir hacer uso de un ejercicio abusivo del derecho de partición se estaría avalando el realizar cualquiera de las formas de partición convencional, ya sea, mediante convenio o sorteo de manera abusiva. Dando pase a la vulneración de los intereses económico y social de aquel copropietario al que se le asigne un lote que tenga diferencia equitativas con los otros lotes que se les ha asignado a los otros copropietarios en base a que los mismos podrían ser iguales o tener el mismo valor económico en el mercado, pero a la hora de realizar una comparación fuera de la igualdad y continuar en base a la equidad, resultara en que alguno de los copropietarios habrá sido asignado con un lote con ciertas deficiencias.

Así mismo, también podemos pronosticar que el acto de partición convencional en cualquier de sus dos formas podría ser extensiva a nivel nacional, misma que se sustenta en el hecho de que la norma que la regula, es de aplicación para todo el ordenamiento jurídico nacional por su calidad de Ley.

A lo señalado, el **control del pronóstico** (o solución) que se ha planteado al respecto a ello, es reformar o modificar el artículo 986 del Código Civil peruano actual con el fin de evitar que se sigan afectando los intereses económicos y sociales de aquellos que se ven afectados con el uso del derecho de partición convencional, en ese sentido, se busca que al problema señalado se pueda brindar una solución equitativa, para ello, podría señalarse el establecer ciertos criterios, presupuestos, entre otros para dar aplicación de la partición convencional mediante el convenio o el uso del “azar o sorteo”, ello teniendo en cuenta que actualmente el artículo señalado estaría ejerciendo un abuso del derecho al haber conferido a los copropietarios de realizar a división de la cosa común sin darles los lineamientos

equitativos y precisiones que se deben tener presentes durante la realización del acto de partición para evitar su ejercicio abusivo.

Por ello, se requiere que existan mayor protección y precisión jurídica para la realización de la partición convencional ya sea por convenio o mediante el uso del sorteo, para evitar que se siga avalando la realización de estos actos de manera abusiva, y es ahí donde se enfoca el presente trabajo de investigación, para poder determinar los presupuestos y criterios que deben de tenerse presente para evitar que se siga vulnerando los intereses económicos y sociales del copropietario a quien se le adjudique los bienes de manera desproporcional y sin uso del principio de equidad.

Los investigadores internacionales del tema a tratar han sido Cañas (2020), con su tesis titulada “Partición de Herencia” el cual tuvo como propósito investigar un supuesto de partición de herencia, sin el uso del inventario y en cumplimiento de las disposiciones dejadas bajo testamento, también tenemos a Riao (2018) Ejercicio de la acción judicial de herencia, quien tuvo el propósito de investigar y examinar la realización de un proceso judicial de división de herencia, cuando se da la inexistencia de acuerdo de voluntades de los coherederos y la importancia de extinguir todas las relaciones existentes antes de la muerte de los causantes como el régimen matrimonial.

Dentro de las investigaciones nacionales se tiene a: Chávez (2019), con su tesis titulada: Los acuerdos de división y partición sucesoria de predios rurales realizados por juez de paz: Fundamentos Jurídicos de eficacia, quien investigación la factibilidad de realizar los actos de partición convencional bajo la venia del juez de paz bajo el fundamento del principio de autonomía de voluntades que se le otorga a los copropietarios, así también a Gavidia & Guerra (2022) El abuso de derecho en el embargo de cuentas sueldos por el proceso de embargo en un procedimiento de cobranza coactiva, donde refieren que el abuso de derecho va en contra de los derechos fundamentales al vulnerar el artículo 24 de la Constitución Política del país.

De los autores citados dentro del párrafo anterior tenemos que los mismo no han investigado sobre los presupuestos ni criterios que se deben tener en cuenta para evitar se haga uso abusivo del derecho de partición que ostentan los

copropietarios de un inmueble, ninguno de ellos ha abordado temas con respecto al uso de la equidad proporcional, ni que el juez interviniente debe realizar precisiones dentro del acto cuando tomó conocimiento de que la manifestación de voluntad de los intervinientes no va acorde a la equidad, sino tan solo a la igualdad que podría causar perjuicio a los interés a cualquiera de los copropietarios a los que se le adjudique el inmueble en cuestión.

De esa manera, tras comprender el problema, formulamos el siguiente cuestionamiento: ¿De qué manera el artículo 986 del Código Civil peruano que regula el derecho a la partición convencional puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

Teniendo presente que la delimitación espacial es el lugar o espacio donde se desarrolla el trabajo de investigación, es preciso señalar que al ser la presente una investigación de naturaleza teórica jurídica, donde se analizan dos variables o también denominadas como categorías jurídicas como son el artículo 986 del Código Civil peruano y la figura del abuso de derecho es que precisamos que se delimita en desarrollarse dentro del campo del ordenamiento jurídico nacional.

1.2.2. Delimitación temporal.

Con respecto a la delimitación temporal, tenemos que la misma viene a ser el tiempo en el que se va desarrollar el trabajo de investigación, y como se señaló dentro del capítulo metodológico la presente recabo información dogmática relevante de las leyes, códigos, que se tomó en cuenta de libros virtuales, físicos, y otros que se hayan publicado y encontrado hasta el año 2022, teniendo presente las modificaciones y derogaciones que hayan existido.

1.2.3. Delimitación conceptual.

Con respecto a la delimitación conceptual, tenemos que son las dos variables o también denominadas como categorías jurídicas, las cuales don: (1) la partición convencional y (2) el abuso de derecho, tanto como sus subvariables o dimensiones.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera el artículo 986 del Código Civil peruano que regula el derecho a la partición convencional puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera la partición por convenio regulada por el artículo 986 del Código Civil peruano puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?
- ¿De qué manera la partición convencional por sorteo regulada por el artículo 986 del Código Civil peruano puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación social.

La justificación social o el aporte jurídico social que busca brindar el presente trabajo se centran en demostrar la necesidad de brindar **presupuestos y criterios** para la partición convencional en cualquiera de sus formas de no pueda ser ejercida de manera abusiva por ninguna de las personas que se encuentran facultadas a realizarlas, escudándose en que la ley protege su derecho a realizar dicho acto de manera privada, lo mismo que ayudara a la sociedad y a los copropietarios que se sientan transgredidos con el ejercicio abusivo realizado, pues como se señaló el legislador al brindar la facultad de poder realizar dicho acto de manera privada también tiene el deber de brindar los criterios apropiados de manera clara para evitar que el ejercicio de dicho derecho devenga en abusivo, del mismo modo se busca demostrar cual son aquellas deficiencias encontradas que la libertad de partición que se le ha entregado a los copropietarios o justiciables, mismas que permiten que dicho derecho se ejerza de manera abusiva.

1.4.2. Justificación teórica.

El aporte teórico que brinda el presente trabajo, se basa en el mejoramiento del artículo 986 del Código Civil peruano que regula la partición convencional en su forma de convenio entre las partes y en su forma de sorteo, siento que, en el presente se brindaran la información relevante que demuestre las deficiencias

encontradas dentro del derecho de partición otorgado a los copropietarios en base al principio de autonomía privada y buena fe, se brindará una nueva teoría del uso del principio de equidad como criterio determinante para la partición y división de bienes, misma que demuestra ser de mejor aplicación normativa que el principio de igual a la hora de realizar el acto de partición entre los copropietarios de manera privada.

1.4.3. Justificación metodológica.

No se presenta ningún aporte metodológico a razón de la naturaleza de la presente investigación, la misma que hará uso de metodología e instrumentos de recolección ya establecidos, las mismas que es la utilización de la hermenéutica jurídica, particularmente la sistemática lógica y la exegesis, así como el estudio doctrinal de las formas de partición que establece el artículo 986 del Código Civil y del abuso de derecho, mediante el uso de fichas a fin de realizar una argumentación jurídica, mediante la contrastación de la hipótesis desde el ámbito de la lógica doctrinal.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general.

- Analizar cómo puede ser manipulado el artículo 986 del Código Civil peruano para ejercicio abusivo del derecho.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Identificar cómo puede ser manipulado la partición por convenio del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho.
- Describir cómo puede ser manipulado la partición convencional por sorteo del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis general.

- El artículo 986 del Código Civil peruano **sí puede ser manipulado** para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes como para la convencional por sorteo.

1.6.2. Hipótesis específica.

- La partición por convenio del artículo 986 del Código Civil peruano **sí puede ser manipulado** para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes.
- La partición convencional por sorteo del artículo 986 del Código Civil peruano **sí puede ser manipulado** para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición convencional por sorteo.

1.6.3. Operacionalización de categorías.

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Items	Escala instrumento
Artículo 986 del Código Civil peruano	Partición por convenio	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo		
	Partición por el azar			
Ejercicio abusivo del derecho	Sustancialidad			
	Extensión			

La categoría 1, está compuesta: “Artículo 986 del Código Civil peruano” la cual se relaciona con la categoría 2: “Ejercicio abusivo del derecho” con el fin de hacer brotar las siguientes preguntas específicas:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Partición por convenio) de la categoría 1 (Artículo 986 del Código Civil peruano) + concepto jurídico 2 (Ejercicio abusivo del derecho).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 1 (Partición por el azar) de la categoría 1 (Artículo 986 del Código Civil peruano) + concepto jurídico 2 (Ejercicio abusivo del derecho).

1.7. Propósito de la investigación

El propósito de la investigación es mejorar el artículo 986 del Código Civil peruano que regula la partición convencional en su forma de convenio o sorteo entre los copropietarios de manera privada, por esa razón se brindará una nueva teoría donde se establezca el uso del principio de equidad a la hora de realizar el acto de partición mediante la autonomía privada de las partes con el fin de evitar que se siga ejerciendo el derecho de partición de manera abusiva.

1.8. Importancia de la investigación

La importancia de la investigación de investigación radica en que a la fecha no existen teorías o investigaciones que propongan la utilización del principio de equidad durante el acto de partición convencional que llevan a cabo los copropietarios, en tanto que en la actualidad la división y partición se basa en el principio de igualdad entre las partes, pues como se ha señalado en la realidad problemática, el uso de dicho principio deviene en que las partes puedan realizar el derecho de partición de manera abusiva, a sabiendas o no.

1.9. Limitaciones de la investigación

Los límites de la presente investigación no se han podido contar con sentencias que se hayan ejercido con un abuso de derecho en la división y partición, pues no existe un cuadro muestral o sistematización en dicha materia, asimismo, al ser un trabajo de corte propositivo, es decir, dogmático, no se hizo uso de encuestas, entrevistas en tanto la norma predispone bajo el principio de legalidad las formas en cómo deben realizarse las modalidades de división y partición, la opinión de jueces o abogados serían innecesarias, en tanto, siempre se basarían en el principio de legalidad.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Internacional.

Dentro de territorio internacional se encontró la tesis titulada “Partición de Herencia”, por Cañas (2020), sustentada en la ciudad de Valladolid - España para optar el grado de master abogacía por la Universidad de Valladolid, la cual tiene como propósito “el análisis de un supuesto de partición de herencia donde se analizan los hechos anteriores, durante y posteriores al acto de la partición hereditaria como tal, sin el uso del inventario y en cumplimiento de las disposiciones dejadas bajo testamento”. En cuanto a la relación que guarda con el trabajo deviene en centrarse en la figura jurídica de la partición de una masa hereditaria dejada a los herederos en base a tercios y cuotas ideales, sin tener en cuenta si ha existido una equidad proporcional durante la partición designada dentro del testamento cerrado dejado por la causante; es por ello, que nuestra tesis tiene el objetivo de desarrollar la existencia del abuso del derecho que se presenta durante la aplicación de la partición de un bien inmueble compartido en base a alícuotas mediante el uso de la partición convencional, la tesis llevo a las siguientes conclusiones:

- El testamento cerrado dejado por la causante, ha ocasionado diversas situaciones al no ver señalado a uno de sus hijos dentro del tercio legitimo perteneciente a sus herederos forzosos, por lo que se podría señalar que bajo ese supuesto, que hay existencia de preterición, pero si se tiene en cuenta que el hijo que no fue nombrado, recibió una donación de bien inmueble en vida por la causante, entendiéndose dicha donación como un anticipo de legitima, puesto que la causante se lo otorgo en vida, se puede señalar que si ha recibido una parte del patrimonio que le corresponde como heredero forzoso.
- Otro punto a resaltar es el hecho de que no se puede afirmar la existencia de preterición, debido a que, para ello se requiere de que al heredero forzoso no se le haya otorgado ningún incremento patrimonial por parte de la causante, lo que no ocurre en el presente caso, donde es la causante quien otorgo un bien inmueble ascendente a 400.000.000 € mediante donación al

heredero, por lo que no fue nombrado dentro del tercio de legitima ni a sus 3 hijos menores de edad, siendo estos los nuevos copropietarios del bien inmueble señalado.

- En el caso de que señalado se presenta una necesidad que la figura jurídica de la colación por parte del patrimonio que fue otorgado mediante donación a uno de los herederos forzosos de la causante, ya que, esta debe ser considerada como un anticipo de legitima, al no ver sido nombrado dentro del tercio legitimo como heredero forzoso dentro del testamento, por lo que, la integración del patrimonio señalado dentro de la masa común deviene en necesaria para que los demás coherederos puede también participar de ellas de manera proporcional.

Por último, la tesis **no consigna la metodología** usada durante su desarrollo.

Otro trabajo de investigación encontrada dentro del ámbito internacional, es la tesis titulada “Ejercicio de la acción de división judicial de herencia”, por Riao (2018), sustentada en la ciudad de Jaén - España para optar el grado de Máster en Abogacía por la Universidad de Jaén, la cual tiene como propósito “examinar la posibilidad de iniciar un proceso judicial de división de herencia, debido a la falta de acuerdo convencional entre los coherederos y la necesidad de realizar una liquidación del régimen matrimonial de los causantes fallecidos”, la misma que se relaciona con la nuestra al señalar la necesidad de la intervención judicial al no existir convenio entre los coherederos, y no aceptarse el testamento dejado por los causante al verse establecido dos legados de dos bienes vulnerando la masa hereditaria universal; por lo que, nuestra tesis tiene como finalidad poder analizar tanto dentro de la vía extrajudicial como judicial la vulneración del derecho del coheredero perjudicado con el uso del azar para determinar sobre que bienes o derechos pertenecerán a los herederos, llegaron a las siguientes conclusiones:

- Que, al no poder existir acuerdo dentro de la vía consensual, los coherederos podrán solicitar el inicio de la vía judicial, donde se deberá de nombrar a un contador partidor, y se citen a los peritos correspondientes, para la realización del inventario de los bienes, que conforman la masa hereditaria o caudal, señalando que dentro del caso analizado los coherederos señalan

la existencia de un perjuicio en su contra al verse realizado los legados por uno de los causantes.

- Que, el número de peritos no puede ser mayor al número de bienes existente, por lo que, al existir solo dos bienes en el presente caso analizado, uno rústicos y otro urbano, este mismo estará encargado de valorizar los bienes, los peritos solo pueden ser nombrados por el contador partidor en los casos de que no puede llegarse a acuerdo entre las partes.
- Que, en caso de que los informes periciales señalen la existencia de un exceso de adjudicación por uno de los coherederos, se deberá indemnizar a los coherederos perjudicados en proporciones iguales, pero en el caso de que el legado otorgado por el causante no cause perjuicio a los herederos forzosos dentro del tercio de libre disposición del causante, no tendrá que indemnizar a los herederos restantes.

Terminando, **la presente tesis no presenta la metodología** utilizada.

Así mismo, dentro del ámbito internacional se encontrado el artículo titulado “Los Herederos no requieren del consentimiento de los demás para disponer de su cuota hereditaria referida a un inmueble”, por Diabarrart (2020), realizado en Chile, la investigación tiene como propósito “de determinar si el propietario de una cuota, puede enajenarla sin autorización de los demás copropietarios de un bien singular, desde la óptica del artículo 688 del Código Civil chileno”. Desde esa óptica la investigación se relaciona con la nuestra en cuanto a si existe vulneración de los otros copropietarios al determinarse como factible la venta del dominio de un bien inmueble hereditario no dividido, se entiende que la disposición de una cuota hereditaria no otorga el dominio sobre los bienes pertenecientes a la herencia, sino hasta su división y adjudicación a quien corresponda, por lo que, nuestra tesis tiene como finalidad darle mayor relevancia a la división convencional en los casos en los que se malinterprete el termino de “la igualdad de cuotas ideales” correspondiente a cada uno de los copropietarios sobre la universalidad de la masa común; las conclusiones de dicha investigación fueron:

- Es importante señalar la existencia de las dos reglas que nos ponen el numeral 2 del artículo 688 del Código Civil chileno, siendo estas 1. La necesidad de realizar una inscripción especial de la herencia, 2. Tener

presente los principios que rigen a toda la comunidad, más que nada tener presente que el común acuerdo solo será obligatorio cuando se va a disponer de toda la universalidad de la masa común, ello porque dicho acto tendrá percusión con los derechos pertenecientes a los demás copropietarios, y no para aquellos casos en los que solo se disponga de una de las cuotas ideales de masa hereditaria, se tratase o no de un bien inmueble singular.

- Existen diversas ambigüedades que ha dejado la sentencia analizada, desde el punto en si deberá comprenderse por tradición que el traspaso de una cuota ideal por parte de los coherederos, debe entenderse como transferencia del derecho real de la herencia o como cuota del dominio del bien, siendo que, en el presente caso analizado se deberá optar por la primera, por lo que, la aplicación de las reglas señaladas dentro del art. 688 del Código Civil chileno no serían factibles, ello porque se requeriría que se reconozca al derecho real de herencia su carácter de inmueble.
- La improcedencia de la demanda, ha restringido el poder conocer si los supuestos señalados dentro del art. 688 del Código Civil chileno debe comprenderse como una norma prohibida o imperativa, misma que al declarar improcedente la demanda de nulidad de título traslativo de dominio no determino dentro de sus fundamentos respecto a cómo se debe entender la transferencia de las cuotas ideales.

Finalmente, el artículo de investigación **no cuenta que metodología** se ha utilizado.

Otra investigación a nivel internacional encontrada es la tesis titulada: “Abuso del derecho en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana en Colombia”, investigado por Quinteros (2019), fue sustentada en la ciudad de Cali para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad Santiago de Cali; cuyo propósito se ha centrado específicamente en que se debería regular de forma adecuada la normatividad sobre el arrendamiento porque existe una gran cantidad abusos de derecho por parte de los arrendadores. Este resultado se relaciona con el tema de investigación al mencionar que la garantía constitucional de la debida motivación debe ser aplicada en las resoluciones judiciales

apropiadamente; de tal suerte que las conclusiones más relevantes fueron las siguientes:

- Que definitivamente existe el abuso del derecho por parte de los arrendadores en los contratos de arrendamiento y todo ello producto a la mala interpretación del marco jurídico o por su desconocimiento, el cual, estas acciones perjudican gravemente a los arrendatarios porque son la parte más débil del contrato, ya que, en su necesidad de encontrar un lugar donde vivir tienen que soportar los abusos del arrendador.
- Los legisladores han puesto en marcha resguardos legales para que tales hechos abusivos y perjudiciales hacia los arrendatarios no sigan ocurriendo, pero lamentablemente muchos casos quedan sin resolver por la falta de conocimiento y asesoría legal hacia los inquilinos, el cual, esto trae como consecuencia que los arrendadores continúen con su proceder malintencionado, bajo el pretexto de que están ejerciendo su derecho, por todo ello, mediante la ley 820 de 2003, se estableció que se debe proteger a los arrendatarios del trato abusivo y desproporcionado que originan los arrendadores.

Finalmente, el artículo de investigación carece de una metodología.

Esta investigación a nivel internacional lleva como título: “El abuso del derecho en aportes de afiliación extemporáneos, a través de actas de finiquito y procesos judiciales en la provincia de Imbabura”, investigado por Mora (2021), fue sustentada en la ciudad de Ibarra para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad técnica del norte; cuyo propósito se centró específicamente en el abuso del derecho que existe hacia los trabajadores por medio de las afiliaciones extemporáneas mediante sus actas de finiquito porque aquellos contratos que ya extinguieron las relaciones laborales son celebradas con fechas actuales, dicho propósito se relaciona con el tema de investigación al mencionar que el abuso del derecho también se encuentra dentro de los temas laborales y no solo dentro del ámbito civil, por ello, dentro de nuestra investigación este tema es de suma importancia; de tal suerte que las conclusiones más relevantes fueron las siguientes:

- En esta tesis se determinó como las actas de finiquito desarrolladas en el Ministerio de Trabajo y los dictámenes judiciales sobre los procesos laborales han funcionado para obtener el derecho a asociarse en el IESS de la provincia de Imbabura respecto a las relaciones laborales, donde existe una simulación de contratos, el cual, esto genera el abuso del derecho, por ello, se estableció que estas acciones tienen que ser demandadas ante los jueces civiles.
- Se han establecido los parámetros legales para que se realice la presunción de existencia de la relación laboral entre el empleador y el trabajador y todo ello se concluye que la aplicación del principio de primacía, determinó que se ha tergiversado, al pretender contratar personas que son del mismo lazo consanguíneo pese a que esa acción está prohibida por ley.
- De acuerdo, al análisis sobre el procedimiento de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Ibarra respecto a las actas de finiquito, se puede concluir que no se halla un procedimiento especial relacionado con el registro de las actas de los finiquitos extemporáneas en el sistema único de trabajo.

La presente tesis **tuvo la siguiente metodología** inductiva en la descripción del área de estudio, el enfoque y tipo de investigación.

Otra investigación a nivel internacional lleva como título: “manifestaciones del abuso del derecho en las sociedades colombianas”, investigado por Peláez & Vélez (2021), fue sustentada en la ciudad de Medellín para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad EAFIT; cuyo propósito se centró específicamente que la mayoría de problemas relacionados con el abuso del derecho se relacionan específicamente al voto, porque aquella acción no siempre están a los intereses de los ciudadanos y lamentablemente no se les ha dado importancia. Este resultado se relaciona con el tema de investigación al mencionar que el abuso del derecho debe ser un tema de mucha importancia en todos los países para que no se origine consecuencias; de tal suerte que las conclusiones más relevantes fueron las siguientes:

- En conclusión, los requisitos necesarios para una declaración de abuso de derecho y las consecuencias que contrae aquella declaración, también

podrían ser aplicables a las otras figuras mencionadas dentro del presente trabajo porque hasta el día de hoy no se encuentra para la posible aplicación del abuso del derecho a las mismas.

- Entonces, mediante esta aplicación sobre la figura del abuso de derecho, se podría establecer, a parte, de la nulidad señalada dentro del marco un legal, una indemnización por daños y perjuicios por la lesión causada.
- También, durante la presente investigación se logró evidenciar la expedición de una nueva norma en la legislación colombiana, que permite que se sancionen distintos comportamientos defraudatorios ejercidas por los asociados de una sociedad, pero existe un vacío legal.

Finalmente, el artículo de **investigación carece de una metodología.**

2.1.2. Nacional.

Dentro del territorio nacional encontramos la tesis titulada: “Los acuerdos de división y partición sucesoria de predios rurales realizados por juez de paz: Fundamentos Jurídicos de eficacia”, sustentado por Chávez (2019) en la ciudad de Cajamarca para optar el título profesional de abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, la cual tiene como propósito “fundamentar jurídicamente el por qué se debe considerar eficaz las divisiones y particiones que practique el juez de paz, siempre que exista acuerdo entre los copropietarios”. La misma que se relaciona con nuestra tesis en cuanto a la necesidad de la convención voluntaria de las partes intervinientes para la realización de la división del bien inmueble, entendiéndose que en dicho caso las partes se dividirán de mediante acuerdo o azar la parte que le corresponderá a cada uno de ellos, teniendo presente al art. 986 del Código Civil peruano; la investigación llevo a las siguientes conclusiones:

- El sustento de validez que se le otorga a las divisiones y particiones sucesorias de predios rurales realizadas ante juez de paz, deviene en la voluntariedad con la que acuden las partes para la realización de dicho documento regulada dentro del artículo 853 del Código Civil, así como la calidad de fecha cierta que le otorga el juez de paz, al verlo emitido en ejercicio de su función.
- Al no existir ninguna prohibición ni regulación por parte de la Ley de Justicia de Paz, de que el juez de paz pueda o no emitir acuerdos de división

y partición sucesoria, estos deberán ser entendidos como una partición convencional entre las partes propietarias del bien inmueble adjudicado, y para que estas puedan surtir los efectos deseados como el de formalizar la parte que les corresponden, estas deberán de ser consideradas como un justo título.

- Actualmente, la misma Superintendencia Nacional de Registros Públicos ha emitido los lineamientos, requisitos y formalidades que se deberán tener en cuenta a la hora de realizar los distintos acuerdos que otorgan los jueces de paz, las mismas que se deberán tener presente al momento de presentar la demanda de prescripción adquisitiva de dominio de predios rurales que buscan su saneamiento, amparados en los acuerdos emitidos por el juez de paz.

Finalmente, la **tesis se ha guiado por el método** general deductivo y dogmático jurídico, bajo el diseño básico, con un enfoque cualitativo.

Dentro del país también se ha encontrado la tesis titulada “La división y partición de bienes ante la ausencia de testamento en el distrito de Ayacucho, huamanga, Ayacucho, 2020” por Pérez (2020) sustentada en la ciudad de Lima para optar el título profesional de abogados por la Universidad Cesar Vallejo, donde el autor resalta la dificultad que se presenta a la hora de realizar el acto de partición de los bienes por parte de los herederos cuando no existe acuerdo o una debida conciliación entre las partes, haciendo uso de los mecanismos jurídicos para poder llegar a realizar una partición en base a las normas de manera equitativa, lo que tiene relación con nuestra tesis en cuanto a la finalidad de buscar un mecanismo de aplicación que no solo busque la igualdad durante la partición, sino que, se busque una equidad proporcional en base a las distintas características del bien inmueble perteneciente a la masa común, anotamos las conclusiones a las que llego el autor:

- Que durante el desarrollo del presente trabajo, y la contrastación del mismo, se ha podido concluir que dentro del ordenamiento jurídico actual del país aún existen ciertas deficiencias dentro del ámbito del derecho de sucesiones, lo cual se puede ver claramente durante la fase de división de bienes pertenecientes a la masa hereditaria universal, ante la inexistencia de un testamento que determine la partición y división del mismo, lo que ha

generado diversos conflictos familiares que terminan haciendo uso de su derecho a la tutela jurisdiccional en vía judicial a fin de que se proteja su derecho como copropietario.

- Que, actualmente el sistema jurídico nos presenta diversos mecanismos que coadyuvan a disminuir los litigios interfamiliares futuros causados por el tema de dividir y adjudicar la parte proporcional que le corresponde a cada uno de los coherederos.
- Uno de estos mecanismos de solución de conflicto que se presentan durante el proceso de división y partición, viene a ser la que se realiza dentro de la vía arbitral, donde un tercero hará el papel de juez, con previo consenso de las partes intervinientes, este mecanismo cumple un papel fundamental a hora de resolver ciertos conflictos de manera convencional lo que disminuye la congestión jurídica de nuestros órganos jurisdiccionales.

Por último, el presente trabajo de investigación **cuenta con una metodología** analítico-deductivo de tipo básica, con un enfoque cualitativo, con un nivel de investigación descriptivo correlacional, con un diseño teórico fundamentada, teniendo como participantes a los abogados litigantes de la especialidad de Derecho Civil y Procesal Civil, usando las siguientes técnicas de recolección de datos: entrevista y análisis documental.

Otra investigación (tesis) analizada fue la tesis titulada “La división y partición de los bienes y la declaración de herederos en la ausencia de testamentos en los Juzgado Civiles de la Provincia de Coronel Portillo – Región Ucayali. 2021”, por Huamán y Ríos (2021), sustentado en la ciudad de Ucayali para optar el título profesional de Abogado por la Universidad Privada de Pucallpa, los autores del presente trabajo resaltan que tanta relación existe entre la división y partición mediante convenio entre las partes con la declaración de herederos que se realiza en ausencia de un testamento dentro del ámbito judicial de la provincia de Coronel Portillo durante el año 2021, dándole un enfoque a la dificultad que existe en el hecho de no poder determinar que porción material le correspondería a cada coheredero, y este propósito se relaciona con la presente en base a que pese a que para la realización de la partición de la masa hereditaria se requiera la partición voluntaria y consensual de todos los coherederos, no asegura que la división

resultara en justa para todas las partes interviniente, lo que conllevara a más conflictos interfamiliares, habiéndose analizado dicho trabajo citado, se anotaran a continuación las conclusiones a las que se llegó:

- Como primera conclusión se ha determinado en aceptar la hipótesis alterna trazada en base a que se obtuvo $r < 0.05$, rechazándose así la hipótesis nula, entendiéndose entonces que si existe cierta relevancia positiva entre las variables desarrolladas en el presente trabajo, cuando existe ausencia de testamentos dentro de órganos jurisdiccionales de la provincia de Coronel Portillo y de acuerdo al resultado arrojado por el coeficiente de correlación de Pearson entre las variables desarrolladas se emitió un valor de $r = 0.888$, entendiéndose que las variables se encuentran asociadas en un grado de positiva alta.
- Así mismo, se ha confirmado que la división mediante convenio entre las partes se encuentra estrechamente asociada con la realización de la declaración de herederos, cuando existe ausencia de testamentos; por lo que de igual modo que con el objetivo general se ha dado por aceptar la hipótesis alterna propuesta para los objetivos específicos, ello porque el r fue menor a 0.05 rechazando de ese modo a la hipótesis nula.

El **método que se usó** en el presente trabajo citado fue el hipotético deductivo, descriptivo con un diseño correlacional, teniendo como población y muestra a 20 jueces de la Provincia de Coronel Portillo, donde se usó las técnicas de recolección de datos de la encuesta.

Esta investigación a nivel nacional lleva como título: “Indemnización por enriquecimiento sin causa en una unión de hecho impropia”, investigado por Noblecilla (2019), fue sustentada en la ciudad de Chiclayo para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad particular de Chiclayo cuyo propósito se ha centrado específicamente en que los bienes que se obtuvo en la convivencia mediante la unión de hecho impropia sean reconocidas ante la persona que tiene impedimento y de esta forma no exista el enriquecimiento indebido, ni el abuso del derecho, asimismo, este resultado se relaciona con el tema de investigación respecto al abuso de derecho que ejercen las personas

aprovechándose de las facultades que tienen ; de tal suerte, las conclusiones más relevantes fueron las siguientes:

- De lo investigado se puede destacar que, en nuestro país, las uniones de hecho impropias se encuentran en un alto porcentaje porque el 78% de personas sostienen una relación entre 1 y 5 años, pese a que su relación sea impropia. Por ello, se considera que es importante proteger los bienes inmuebles en el proceso de la convivencia.
- Se ha establecido, que no es suficiente la salida legal que emite el Código Civil respecto a las uniones de hecho impropias ante una eventual controversia, como la indemnización por enriquecimiento indebido o también llamado enriquecimiento sin causa.
- En la investigación se comprueba cuan urgente es proteger los bienes adquiridos en una relación convivencial impropia, siendo necesario de que se ampare los bienes inmuebles mediante el régimen de la copropiedad y todo ello con el único objetivo de evitar que una de las partes se aproveche de la situación.

Finalmente, la presente **tesis tuvo la siguiente metodología** como: Tipo de investigación, nivel de investigación, diseño y esquema de la investigación, población muestra, técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos (técnica de fichaje, técnica de la encuesta, entrevistas, técnica de análisis descriptivo, técnica estadística de correlación, técnicas lógicas, instrumentos de recolección de datos.

Esta investigación a nivel nacional lleva como título: “ El abuso de derecho en el embargo de cuentas sueldos por el proceso de embargo en un procedimiento de cobranza coactiva ”, investigado por Gavidia y Guerra (2022), fue sustentada en la ciudad de Trujillo para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad nacional de Trujillo; cuyo propósito se ha centrado específicamente en que las cobranzas coactivas realizadas por las deudas tributarias están vulnerando el artículo 24 de la constitución política del Perú sobre la remuneración y junto a ello se está ejerciendo el abuso del derecho. Este resultado se relaciona con el tema de investigación al mencionar que el abuso del derecho va en contra de nuestros derechos fundamentales, el cual, se encuentra establecido dentro de

nuestra constitución del estado; de tal suerte que las conclusiones más relevantes fueron las siguientes:

- Se logró analizar, durante el proceso de investigación que el embargo de dinero de las cuentas de ahorros donde se entregan las remuneraciones son exclusivamente para esos casos, por ello, está prohibido que dichas cuentas logren ser inembargables y todo lo mencionado se establece dentro del artículo 648 del código procesal civil en su inciso 6.
- Asimismo, se precisa que el embargo perjudica el bien o derecho del presunto obligado, por más que se encuentre en posesión de un tercero y cabe señalar que todo trabajador tiene el derecho de recibir una remuneración por sus servicios otorgados.
- En conclusión, la Constitución Política del Perú y el Código Civil peruano regulan la protección de la remuneración, por ello, el artículo 648 del Código Civil menciona que son bienes inembargables, las pensiones y remuneraciones siempre cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Finalmente, la presente tesis **tuvo la siguiente metodología** como: Realidad problemática, justificación, enunciado del problema, hipótesis, objetivos (general y específico, método de investigación, materiales y recolección de datos, nivel de investigación.

Esta investigación a nivel nacional lleva como título: “Abuso de derecho de familia en la pensión de alimentos en los hijos mayores de edad casos especiales”, investigado por Huánuco (2019), fue sustentada en la ciudad de Arequipa para optar el título académico de Licenciatura en Derecho por la universidad autónoma san francisco; cuyo propósito se ha centrado específicamente en que el estudio del abuso de derecho que existe dentro durante la aplicación de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad y este objetivo se relaciona con el tema de investigación respecto a que las resoluciones judiciales deben estar fundamentadas de forma clara y precisa para ello aplicar la debida motivación es muy importante; de tal suerte que las conclusiones más relevantes fueron las siguientes:

- La doctrina de los actos propios cuida la confianza, para asegurar las operaciones contractuales mediante los instrumentos jurídicos que fomenten

la celebración de contratos como instrumento de generación de satisfacción a través del respeto a las promesas realizadas.

- Se ha demostrado que si se encuentra un vacío legal con respecto a las normas sobre la pensión alimentaria al momento de que algunos hijos mayores abusan del derecho de familia, ello porque aquella norma esta sesgada por una de las partes.
- Entonces, el juez de familia debería adoptar un criterio adecuado al momento que emite su decisión acerca de los hijos mayores de edad, algunos abusan del derecho de familia porque el beneficio de la pensión alimentaria que piden no tiene un fin positivo.

Finalmente, el artículo de **investigación carece** de una metodología.

2.1.3. Local.

Dentro del ámbito local, no se han encontrado ningún trabajo de investigación

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Interpretación del artículo 986 del Código Civil.

2.2.1.1. La copropiedad y la división y partición.

2.2.1.1.1. La copropiedad.

Arata (2020, p. 439) nos menciona que la copropiedad no es más que otra forma de comunidad donde una organización o un grupo de personas va a estructurarse a fin de apropiarse y compartir de manera conjunta y en comunión, el derecho de propiedad con referente a un bien donde se le atribuirá a cada integrante, o como denomina el autor comunero la virtud de titularidad sobre la alícuota proporcional que le corresponde, así mismo, nos señala que el actual Código Civil de 1984 ha regido a esta institución jurídica bajo los parámetros dejado por el modelo de la comunidad ordinaria o romana, es por ello que el artículo 969 del mencionado código establece que la asignación para cada comunero o copropietario será en base a cuotas ideales.

Otra definición resaltante es la que nos otorga Palacios (2005, p. 74), quien nos señala: “La copropiedad es un derecho real en el que el derecho de propiedad corresponde a varias personas sobre un bien que no está dividido.”, con ello la autora nos quiere hacer comprender que la copropiedad no se encuentra desligada

del derecho de propiedad como muchos otros autores refieren cuando hacen énfasis a la doctrina, cuando nos muestra que existe cierta incompatibilidad de estas dos instituciones; con respecto a que la primera ostenta una pluralidad de propietarios; a diferencia, de la segunda que tiene cierta exclusividad sobre la propiedad; así mismo, la autora ha seguido fervientemente el énfasis que se tiene sobre la cuota indivisa; debido a que como nos señala no es la cosa o el bien material el cual está dividido entre los comuneros, sino que, los titulares ostentan parte indivisa del derecho de propiedad compartido.

a. Evolución histórica del condominio en el Derecho Romano.

Al igual que muchas instituciones jurídicas que hoy en día se encuentran consagradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la copropiedad también ha tenido sus raíces dentro del derecho romano donde lo denominaban como condominio; el cual se creó para cubrir la necesidad social que traía consigo las herencias dejadas por el *pater familias* a sus herederos, al cual lo denominaron *consortium inter fratres*, la misma que se encontraba resguardada por los *filiifamilias* (herederos del *pater*). (Bautista, 2016, p.13)

Aunque al inicio de su aplicación legal dentro de territorio romano, la aplicación de esta nueva institución jurídica se veía reacia, y no era aún concebible la existencia de una propiedad que tuviera su titularidad en diversos individuos, más por el hecho de que la propiedad era concebida como la exclusividad perteneciente a una sola persona. (Bautista, 2016, p.13)

A diferencia de lo señalado dentro del párrafo anterior Torrent (1964, p. 479), nos señala que la copropiedad no ha existido dentro del derecho romano como una institución jurídica como tal, ni esta fue reconocida expresamente como tal, sino que durante la época de las XII tablas los *sui* no recibían una herencia como tal del *pater familias*, pero si afirma que se debe aceptar que a la muerte del *pater* se creaba una comunidad familiar entre sus herederos los cuales hoy en día se podrían llamar como copropietarios de toda la masa hereditaria universal dejada por el *pater*, que en esos tiempos eran la familia.

También nos señala que es difícil confirmar la existencia de una comunidad hereditaria familiar formada por los herederos del *pater*, sino que se podría afirmar

que a la muerte de este lo único que se generaba mediante el traspaso de un latente y vivo derecho de copropiedad que ya existía aun cuando el *pater* se encontraba en vida. (Torrent, 1964, p. 479)

b. La copropiedad dentro del Derecho Civil Peruano.

La institución jurídica de la copropiedad no ingreso con tal a nuestro sistema jurídico hasta la promulgación del Código Civil de 1984, el cual la incluye dentro de su artículo 969 estableciendo que “Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”, entendiéndose entonces a la copropiedad como figura diferente a la propiedad; ello porque hasta la fecha la propiedad era entendida como de entera exclusividad del dueño de la cosa, pero con la llegada de este nuevo derecho real se entendía que la propiedad de una cosa podía ser compartida entre dos o más personas, aunque podría verse presentado como una dificultad; puesto que, dentro del mismo artículo señala que esta figura le otorga a cada uno de los codueños la pertenencia de un parte ideal o proporcional sobre el derecho de la cosa.

Para una mejor comprensión de la diferencia entre el derecho de propiedad y esta nueva institución jurídica denominada copropiedad, tenemos lo expresado por Arata (2020, p. 436) el cual nos dice que se entenderá que existe copropiedad cuando exista cierta situación de comunidad de propietarios sobre un mismo y único derecho, así también nos señala que la comunidad se deberá de calificar como universal cuando la masa sobre la que ostente un derecho sea de carácter patrimonial y no de uso, por lo que la titularidad que ostenta cada comunero será en base a los activos que la constituyen.

b.1. Presunción de igualdad de cuotas entre los copropietarios.

Respecto a la presunción de igualdad de cuotas, el Código Civil nos dice dentro del artículo 970 que “Las cuotas de los propietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario. El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas.”

La cuota ideal como se puede observar en el artículo 969 del Código Civil, es un elemento tipificante de la copropiedad, entendidas como aquellas proporciones cuantificables e ideales que le corresponderán a cada uno de los

copropietarios de la masa común, que de acuerdo a la presunción *iuris tantum* o relativa, de acuerdo a ellas se va a determinar que tanta participación tendrán los copropietarios dentro de la comunidad, así como las funciones determinantes que tendrán en base a ella

Arata (2020, pp. 459-462), por otro lado, determina las siguientes funciones que tienen las cuotas ideales dentro del ordenamiento jurídico peruano:

- Primeramente, señala que cumple la función de ser un parámetro de medición, para saber en cuanto ascenderá la partición correspondiente a cada copropietario, al igual que los frutos que le corresponderán, en base a ello también se determinarán la distribución del pago para saldar el gravamen o gravámenes que tuviera el bien común.
- Como determina el artículo 971 del Código Civil, también cumple la función de ser una medida de cuantificación en cuanto al poder de voto que se le otorgara a cada copropietario; es más el mismo artículo establece que “los votos se computan por el valor de las cuotas”, con el fin de tomar decisiones sobre el bien común.
- Las cuotas ideales son objeto de disposición y gravamen, otorgando la facultad de la exclusividad individual a cada copropietario dentro del derecho común para hacer uso de su cuota ideal, en base a las construcciones del derecho romano; también se puede determinar que la cuota ideal es un bien subjetivo negociable, de acuerdo al artículo 977 del Código Civil el cual otorga a cada copropietario el uso, disposición y gravámenes, de su cuota ideal y sus frutos.
- Así mismo, cumple una función cuantificable a la hora de la realización de la partición del derecho común u otro que extinga la copropiedad; de acuerdo a ella se determinara cual es la proporción correspondiente a cada copropietario.

Por último, debemos tener presente que la cuota ideal no solo está compuesta por beneficios y obligaciones; sino también que esta otorga el derecho de participar en la toma de decisiones que se realizara sobre la masa común universal, ya sea para realizar la venta de los bienes o establecerle gravámenes.

c. La copropiedad y la comunidad hereditaria.

La extinción de un persona ya sea por muerte, fallecimiento o asesinato; muchas veces traen consigo la tramitación de la apertura de un testamento o el inicio de la sucesión intestada, la cual es tramitada por quien ostenta legítimo interés a quien normalmente se le denomina heredero(s), misma que tiene como fin el transmitir una comunidad universal de bienes, derechos y obligaciones del fallecido, donde mayormente las obligaciones monetarias dejadas por el causante son condonadas por los mismos activos transmitidos, pero lo importante a señalar en este punto es que a raíz de este proceso se da la formación de una nueva comunidad familiar o copropiedad la cual se encuentra integrada por todos los herederos del causante.

De acuerdo a ello se entiende que en caso de que la comunidad se conforme por *mortis causa*, los herederos no solo ostentaron su titularidad de propietarios sobre los derechos crediticios y reales que hubiese dejado el causante, sino también se les atribuirá la titularidad de las deudas y obligaciones del causante de manera proporcional. (Arata, 2020, p. 436)

d. Indivisión de bien inmueble.

O también denominado régimen de indivisión, es aquella situación en la que existe un estado indiviso de la cosa común, entendiéndose que no podrá solicitarse ni la partición judicial por cualquiera de los copropietarios, cuando se encuentre vigente este régimen.

Otro punto a tomar en cuenta es que este estado puede influir a toda la masa universal común o tan solo a parte de ella, todo ello en base a lo establecido dentro del artículo 845 del Código Civil, la cual restringe la partición judicial en caso de comprobarse la existencia de este régimen, el cual se presenta mayormente durante la etapa de muerte del causante que no establecido dentro de su testamento las particiones que se realizar después de su fallecimiento, por su parte Tuesta (2020, p. 551) señala que no puede denominarse régimen de indivisión propiamente a este estado sino que se encuentra en un estado de indivisión.

En cuanto, al inicio del régimen de indivisión, el último párrafo del art. 846 del Código Civil nos establece que la indivisión solo se producirá desde el momento

en el que se dé la publicación e inscripción debida en los registros públicos correspondientes.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 845 del Código Civil se puede entender que el régimen de indivisión, que se origina en los siguientes casos:

d.1. indivisión por voluntad del testador.

Normalmente se presenta denomina indivisión al estado en el que se encuentra la cosa común durante el plazo en el que los herederos reciben la herencia, hasta el estado de dividirse, y la duración de este plazo puede variar, por exigencias del propio testador, siendo el plazo máximo de indivisión para sus herederos el de 4 años y en caso de legatarios el plazo a establecer por el testador puede incluso excederse a más. (Tuesta, 2020, p. 551)

Lo mismo nos señala el artículo 846 del Código Civil titulado “Plazo de indivisión de la empresa”, donde establece que en el caso de que una empresa sea parte de la masa hereditaria dejada por el causante esta pueda encontrarse en un estado de indivisión hasta por 4 (cuatro) años, pero aquello no impedirá que los herederos puedan gozar y dividirse proporcionalmente las utilidades provenientes de la empresa.

d.2. indivisión por voluntad de los sucesores.

Otra opción de indivisibilidad de masa común es la que se establecen por sí mismo los herederos y legatarios, la cual esta otorgada por el artículo 847 del Código Civil, donde se señala que los herederos tienen acto propio de pacto entre ellos de poder otorgarle la calidad de indivisible a la cosa común, el cual podrá ser por un plazo de 4 años e incluso establece que esta podrá ser renovada, aunque el artículo omitido la cantidad de veces que esta podrá ser renovada.

Pero como determina que el art. 24.d de la Constitución “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”, en base a ello se entiende que los herederos tienen el poder de renovar el estado o régimen de indivisión tantas veces consideren necesario.

Entonces se entiende que la indivisión por voluntad de los sucesores descansa en el fundamento que nos establece la ley a la autonomía de la voluntad, en este caso de la autonomía de la voluntad de los sucesores del causante, los cuales

pueden establecer dicho estado mediante el acto de manifestación de voluntad común, estableciendo de ese modo el pacto de indivisión. (Tuesta, 2020, p. 551)

d.3. indivisión legal.

La indivisión legal ocurre por expreso mandato de la ley la cual prohibirá la partición de la masa común, como ocurren en los siguientes casos:

- Dentro del artículo 125 del Código Civil, nos establece la constitución del fondo común, en el caso de la constitución de la asociación los bienes, aportes o cuotas que se integren como bien común de la asociación constituirá fondo común de la misma, serán de carácter indivisible, por lo que, no se podrá pedir el desembolso ni la partición, mientras la asociación se encuentre vigente.
- Otro supuesto es la que nos presenta el segundo párrafo del art. 852 del Código Civil “(...) no cabe en ningún supuesto la partición en tanto permanezca vigente el procedimiento concursal al que se encuentra sometida la sucesión indivisa, (...)”, entendiéndose que hasta que no se culmine el proceso concursal del deudor el cual comprende bienes, derecho y obligaciones, exceptuando los que la ley establezca; no se podrá realizar la división del patrimonio.
- Otro caso que nos establece el Código Civil, es en el caso del concebido, que como establece el art. 856 el cual señala que la división de la partición de la herencia se suspenderá hasta el nacimiento del niño.

d.4. indivisión por mandato judicial.

Se presenta en los casos en los que mediante resolución judicial un juez ordena la suspensión de la partición, por un plazo máximo de un año en los casos que exista un perjuicio notable hacia el patrimonio o en el caso que se requiera asegurar los pagos de las deudas o legados; así mismo, el artículo 857 del Código Civil nos dice que esta suspensión puede presentarse no solo mediante resolución judicial, sino también por acuerdo mutuo de los herederos, cuando exista la misma finalidad.

En base a ello también podemos señalar que esta suspensión puede ser solicitada por cualquier tercero ante el juez para que el mismo le otorgue una medida cautelar con el fin de liquidar el adeudo que hubiese tenido el testador o

uno de los herederos que a futuro fuese a heredar la propiedad de algún bien o derecho.

e. Extinción de la copropiedad.

Dentro del artículo 992 del Código Civil nos establece una lista de distintos actos en los que se culmina la copropiedad.

La copropiedad se extingue por:

1. División y partición del bien común.
2. Reunión de todas las cuotas en partes en un solo propietario.
3. Destrucción total o pérdida del bien.
4. Enajenación del bien a un tercero
5. Pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios

Arata (2020, pp. 621-622), señala que de igual forma que existen modos en los que las personas puedan adquirir derechos reales que se encuentran regulados por ley, también existen ciertos criterios establecidos por ley que determina la extinción, pero el mismo señala que se debe dar mayor énfasis a si la lista de causas de la extinción de la propiedad establecida por el legislador es taxativas o no; más durante la aplicación del subjetivo de hecho que establece el artículo al hecho en la realidad, se han presentado casos en los que no son lo suficientemente satisfactorios; demostrando que aún existen ciertas ambigüedades que aún no han sido cubiertas.

e.1. Modos de extinguir la copropiedad

e.1.1. División y partición del bien común.

Arata (2020, p. 622) menciona que la partición es un derecho que ostenta cualquier comunero al que le pertenezca una parte o porción del bien común, para que pueda acceder a ella dentro de la vía judicial, por lo que no se requiere necesariamente el consentimiento de todos los copropietarios, es más en algunos casos puede incluso presentarse la oposición, pero ello no impide realizar la partición.

Desde ese punto entonces podemos comprender que la partición no debería de ser considerada dentro de este listado, como nos señala Arata (2020, p. 622) citando

a Arean “*la causal típica de extinción es la partición*”, afirmando que está ya se encuentra desarrollada dentro de los artículos 983 al 991 del Código Civil.

También puede comprenderse que dicha causal establece: que los comuneros otorgaran todos los derechos que tengan sobre los bienes que no se les otorgue o adjudique; puesto que como se determina que cuando hay copropiedad todo la masa común les pertenece a todos los comuneros, por lo que al existir partición se va a ceder derechos de lo que se nos adjunte y se le otorgaran todos los derechos sobre lo que se le adjudique, importando aquí que se otorgara el dominio o posesión de la misma, constituyéndose de ese modo el derecho de propiedad de cada uno de los comuneros por separado. (Palacios, 2005, p. 80)

e.1.2. Comunión de las cuotas comunes en una.

La segunda causal que nos establece el legislador para la extinción de la copropiedad, establece el hecho en el que la masa común del derecho de propiedad pase a ser solo de una persona que tiene que ver sido integrante comunero de la misma; por ejemplo, en el caso de que el testador estableciera dentro de su testamento el adjudicarle todos sus bienes y derechos en partes iguales a su hijo y nieto, pero lamentablemente el testador y su hijo fallecen en tiempos cercanos, convirtiendo así a su nieto en el único heredero de su padre y abuelo, en este caso vemos que se ha consolidado la comunión hereditaria que existía entre el hijo y el nieto, para pasar a ser solo de propiedad exclusiva del nieto.

En base a ello y a los fundamentos que nos señala Arata (2020, p. 623), alega que al presentarse casos similares a ellos no podría denominarse expresamente que la copropiedad se ha extinguido; al igual que en el caso de que el causante hubiera tenido dos hijos y un nieto como herederos, y solo uno de sus hijos hubiera fallecido sin tener descendientes ni herederos forzosos, se hará reducción de titulares de la copropiedad.

Aunque en el caso presentado se podría diferir, porque para que exista copropiedad la ley exige que exista dos o más personas, y al ser el nieto el único heredero, ya no estaríamos presentes ante la figura de la copropiedad, sino tan solo ante la propiedad exclusiva del nieto. (Arata, 2020, p. 623),

Con respecto a la consolidación de toda la masa común a una sola mano es voluntaria o no, seguimos lo referido por Arata (2020, p. 623) que establece que habrá casos en los que no habrá voluntariedad por parte de los comuneros, por ejemplo, en los casos de remate público o ejercitando el derecho de retracto, entre otros.

Entonces se entiende a este acto de consolidación más como un acto de efecto o consecuencia de diversos actos jurídicos que al final otorgan todo el derecho de propiedad, a un solo comunero el cual pasa a ser solo de su propiedad exclusiva. (Arata, 2020, p. 623)

e.1.3. Destrucción total o pérdida del bien.

Se presenta en los casos en los que, en cualquiera de los supuestos, ya sea por destrucción o pérdida, física o jurídica; la masa común desaparece. (Palacios, 2005, p. 80)

En este supuesto de extinción el legislador nos ha presentado dos distintos supuestos; el primero, denominado como destrucción total que implica la extinción completa de los derechos reales sobre el bien mueble o inmueble común y no solo su reducción, debido a que si esta última ocurriera la copropiedad seguirá en continuidad. (Arata, 2020, p. 623)

En el supuesto de la pérdida de un bien, el autor señala que ocurrirá en los casos en los que el bien sea inutilizable por los comuneros, al tener un daño parcial, desaparición del mismo al no poder recobrarlo, o cuando su carácter de comerciable a desaparecido. (Arata, 2020, p. 623)

e.1.4. Venta a un tercero.

Aquí podría haber cierta dificultad de entendimiento con respecto a la venta a un tercero, se tiene entendido que cada comunero puede hacer la venta de la parte ideal que le corresponde, no teniendo el poder de dar en venta el dominio objetivo de un bien; pues recordemos que en la copropiedad la masa común es de todos los copropietarios, entonces en este caso si un comunero vendiera a un tercero su cuota ideal no habría extinción de la copropiedad, tan solo se daría el traspaso de la titularidad.

Arata (2020, p. 624), por su parte señala que mayormente esta causal se da de forma voluntaria e involuntaria de los comuneros; expresando que se dará de manera voluntaria cuando exista manifestación de voluntades de todos los copropietarios de enajenar la cosa común a un solo tercero, pero si se traspasa la copropiedad por ejemplo a un pareja casada no se habrá extinguido la copropiedad sino tan solo se abra traspasado la titularidad de la misma a la sociedad conyugal, por lo que se requiere que el comprador sea solo una persona, para que de ese modo se extinga la copropiedad.

En los casos de la pérdida involuntaria se da cuando se ha dado en venta el bien común ajeno, sin el consentimiento de todos los comuneros propietarios, por lo que en la presente se requerirá realizar una indemnización de todos los perjudicados, esto podrá ser realizada ya sea por solo uno de los comuneros o en los casos de ventas forzadas que son realizadas por la autoridad o entidades autorizada. (Arata, 2020, p. 624)

e.1.5. Pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios.

Esta causal ha causado revuelo en cuanto al entendiendo; debido a que existen diversas opiniones con respecto a ella, donde algunos señalan que, si existe involuntariedad en los casos de expropiación, o transferencias no negociables del bien común, por parte de los comuneros.

Otra de las formas a las que se ha llegado es el de prescripción por un tercero de la propiedad común, en este caso el autor señala que si se habría dado el elemento de la voluntariedad; ello bajo el fundamento de que para que un tercero ejecute la prescripción de un propiedad se requiere que el mismo se hubiera encontrado en un estado de abandono por parte de sus verdaderos propietarios por un periodo de entre 5 a 10 años; por lo que el elemento de voluntariedad la encontraríamos ahí mismo. (Arata, 2020, pp. 624-625)

2.2.1.1.2. División y partición de bien inmueble.

Una vez culminada el estado de indivisión de la cosa, cualquiera de los copropietarios podrá solicitar la conversión o división del bien material en proporción de la cuota ideal que le corresponde cada uno, esto se realizará ya sea por consentimiento de todos los comuneros o mediante acceso a vía judicial para la

emisión del ordenamiento del juez competente, para su respectiva distribución, en caso que el bien materia de división fuera indivisible se procederá a realizar un remate público. (Morillo, 2018, pp. 139-152)

Arata (2020, pp. 569-570), nos señala que la partición y división del bien inmueble viene a ser el “modo típico” que causa la extinción de la copropiedad, siguiendo el principio romano del *actio communi dividundo*, se entiende que aunque el bien inmueble materia de división sea indivisible, esta seguirá al derecho romano en base de que siempre se debe de encontrar la forma de darle su parte material a cada comunero, siguiendo que la solicitud de partición es facultad de todo copropiedad bajo su voluntad de no querer seguir en comunión con otros.

a. Partición.

a.1. Definición.

De acuerdo al artículo 993 del Código Civil peruano, se entiende que “Por la partición permutan los copropietarios cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se les adjudica.”, para explicar dicho artículo se debe de recordar que la copropiedad de un inmueble implica que el derecho de propiedad de la totalidad corresponden a un pluralidad de individuos, los cuales tienen derechos sobre todo el bien material, sin dominio sobre la parte material, sino tan solo sobre el aspecto subjetivo, por lo que al realizarse la partición todos los comuneros desistirán y cederán los derechos sobre la parte material que no se le adjudique, recibiendo a cambio todo los derechos real de la propiedad respecto de aquel bien material que se le adjudique.

Figueroa (2013, p. 04), por su parte nos dice que la partición como tal tiene dos definiciones, uno desde el sentido amplio y otro desde un sentido estricto; en cuanto, al primero nos señala que el termino de partición deviene en entenderse como el camino para poner fin a la indivisión del bien común entre los comuneros; respecto al segundo señala que se requerirá de operaciones matemáticas para la división del bien común en tanto que lotes o bienes materiales corresponderá a cada comunero, extinguiéndose de ese modo su unión dentro de la masa universal del bien común de la copropiedad para convertirse en propiedad exclusiva de cada comunero.

a.2. Naturaleza jurídica.

Dentro de la doctrina encontramos diversas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica de la división y partición; algunos como Figueroa (2003, pp. 04 - 05), se basan en caracterizarla determinando que la misma tiene un carácter real y personal que siguiendo a la teoría mixta y confirmando que para algunos doctrinarios se consideran como un acto traslativo; en base a que se trasladará la copropiedad de todos los comuneros a un solo adjudicatario, y en otros casos solo será declarativa o de reconocimiento por parte de los demás comuneros.

Naturalmente que como todas las instituciones jurídicas que nacen de los derechos reales de propiedad sobre un inmueble, existen ciertas posturas y teorías que tratan de definir cuál es la naturaleza jurídica de las mismas; siendo que, en el presente caso se nos presentan dos teorías: 1. La teoría traslativa, y 2. La teoría declarativa, las cuales buscan determinar cuáles son los efectos jurídicos que se produce con la partición de la masa común, las cuales pasaremos a desarrollar:

a.2.1. Teoría traslativa o constitutiva.

La teoría traslativa sigue los lineamientos dejados por el Derecho Romano, donde se establecía que la partición tenía efectos traslativo o constitutivos en base a la *communi dividundo* (división de condominio) o *familia erciscundae* (división de la herencia), donde los comuneros hacen el traspaso del derecho de propiedad del objeto concreto o parte material que les corresponde, siempre que tenga plena capacidad de ejercicio sobre ello, entonces se entiende que el acta de adjudicación es un acto distinto del que deriva la situación de copropiedad. (Arata, 2020, p. 574)

a.2.1. Teoría declarativa.

Esta teoría fue aportada por el derecho francés, donde se establecía que la partición no tenía otro efecto más que la declarativa de derecho sobre el derecho de propiedad de la cosa propia que se encuentra en comunidad con otros bienes pertenecientes a los demás comuneros, lo que se quiere decir es que a diferencia de la teoría traslativa esta teoría establece que incluso durante el estado de comunión de todas las proporciones del bien material, los comuneros tendrán el legítimo derecho de propiedad solo sobre la parte proporcional que le corresponde, no teniendo ningún derecho sobre las demás, esto se rigen antes y después de la partición; la partición solo es un acto declarativo de que el comunero es propietario

de lo que siempre fue, y que cualquier acto que se haya realizado en la cosa común perteneciente a otro comunero carecen de valor. (Arata, 2020, p. 575)

a.2.1. Teoría adoptada por el código civil.

De acuerdo a las teorías explicada, y en base a la definición otorgada por el artículo 983 del Código Civil peruano, dentro del ordenamiento jurídico se sigue la tesis traslativa, al establecer el termino de “permuta” dentro de su definición estableciendo que los comuneros se despojaron de sus derechos ideales sobre los bienes que son adjudicados a otros, a cambio de recibir los derechos universales sobre los bienes que se le adjudiquen.

b. Tipos de partición.

b.1. Partición judicial.

Dentro del Código Civil peruano de 1936 se establecía el ingreso del juez a la partición cuando pese a que el testador hubiese establecido el régimen de partición, estas sobrevinieran en circunstancias graves que alteren los derechos comunes e individuales de los herederos de acuerdo al artículo 786, así mismo, el artículo 918 nos presentaba otro supuesto en el que la partición debía darse necesariamente en los casos en los que algunos de los interesados estuviesen ausentes o fueran incapaces.

Del mismo modo que con el Código Civil de 1936, el de 1852 estableció que se realizara la partición en vía judicial, en los casos en los que alguno de los herederos no se encontrara presente, fuese menor o incapaz; no estableciendo otro caso expreso en el que se requería la presencia del juez.

En cambio, en el Código Civil actual se nos presenta diversos supuestos en los que cualquier heredero pueda acceder a la vía judicial para la división y partición de la masa común, incluso solicitar la partición judicial durante el estado de indivisión, siempre que existan graves circunstancias que justifiquen su petitorio, como lo establece el artículo 850.

Y en los casos de no existir indivisión, el artículo 854 del código actual le ha otorgado la facultad a cualquiera de los herederos e incluso al acreedor, ya sea del testador o de cualquiera de los herederos; para que los señalados puedan acceder a vía judicial a solicitar la división correspondiente de la masa común; otro punto a

señalar en este caso es que no se pone como requisito que exista oposición por los copropietarios del bien común, entendiéndose entonces que aquello no será necesario.

Así mismo, el artículo 855 del Código Civil nos dice que la participación judicial si será obligatoria en los casos en los que uno de los herederos haya sido declarado incapaz, siempre que exista una solicitud previa presentado por su representante, o en los casos en los que uno de los herederos no se encuentre presente, por lo que dicha solicitud deberá ser realizada por los otros coherederos que tengan la posesión temporal del bien común.

Arata (2020, p. 594), también nos señala que en caso no se llegará a establecer un acuerdo unánime entre los copropietarios como lo establece el artículo 986 del Código Civil o en los casos analizados en los párrafos presentes, cualquiera de los copropietarios se encontrará legitimado para poder instarse a vía judicial para solicitar la acción de partición.

b.2. Partición extrajudicial.

Dentro del Código Civil de 1852 nos estableció en su artículo 2150. “Cuando los herederos son todos capaces y se hallan presentes, podrán hacer la partición extrajudicialmente por convenio recíproco; y quedarán obligados a los efectos de la división, conforme a las reglas de los contratos.”, un supuesto de hecho en el que la partición podía darse mediante solo la intervención de los herederos, siempre que estos fueran capaces y se encontraran presentes, estableciendo que se encontraran obligados a cumplir con todos los efectos que ellos mismos hubieran establecido.

En cambio, dentro del actual Código Civil peruano no solo establece como requisito la capacidad y la presencia de todos los coherederos, sino también se requiere que todos por unanimidad acepten la partición realizada entre ellos, estableciendo dos supuestos de hecho; uno, respecto a la convención donde se dará a conocer el valor de cada lote dividido; y dos, que la repartición será realizada por azar, en la primera el ordenamiento jurídico nacional ha establecido ciertas formalidad a cumplirse, en cuanto al segundo aún falta mayor desarrollo en cuanto a la formalidad permitida para su validez.

Larrea (2021, p. 30) nos dice que la partición extrajudicial es aquella que se dará cuando los coherederos de una masa común hereditaria se encuentren libres y en pleno ejercicio de sus derechos administrativos, y sean capaces legalmente de disponer de sus bienes, para así poder realizar por sí mismo la partición, y ejecutarla sin la necesidad de la emisión de una resolución judicial.

Cuando los herederos sean menores de edad, el actual Código Civil establece dentro de su artículo 448 que en la realización de la partición extrajudicial se requerirá que los padres ostenten con una autorización judicial, para así recién realizar estos actos en nombre de sus menores hijos.

Así mismo, el artículo 853 del Código Civil, le ha conferido al notario jurisdicción para la realización de escritura pública que contenga la partición convencional realizada entre los herederos, siempre que los bienes a dividir se encuentren inscritos en registros públicos, además de ello en la última parte establece que la división también podrá solo ser realizada mediante documento privado con firmas legalizadas notarialmente.

c. Formas de partición.

c.1. Partición convencional

El artículo 986 del Código Civil, otorga la facultad a los copropietarios de poder instar la partición de común acuerdo entre ellos, siempre que exista unanimidad; por lo que, no cabe la oposición en esta forma de partición, en este caso cada copropietario podrá formular sus propuestas sobre como consideran que el bien común deberá de dividirse, siempre buscando los intereses económicos más convenientes de todos los comuneros.

c.1.1. Mediante convenio entre los copropietarios.

Este supuesto de partición no contradice el carácter imperativo, sino más bien otorga el poder facultativo a los copropietarios de hacer uso del principio de la autonomía, donde con el fin de establecer sus interés manifestaran su voluntad de realizar la división en base a las propuestas dadas, esto también supone que los comuneros tendrán ciertas restricciones como el de poder instar la división de los bienes comunes cuando este se encuentren en estado de indivisión; así mismo, tendrán el deber de realizar las formalidades que establece la ley con respecto a la

forma y las condiciones, bajo apercibimiento de que sea el juez quien realice la partición. (Arata, 2020, p. 591)

Otro punto que se resalta en esta forma de partición es el hecho de requerir expresamente la manifestación de voluntad conjunta de todos los copropietarios, los cuales deben ser unánimes y sin oposición; y si hubiera se tendría que acceder a otra instancia donde se requerirá la intervención de un juez para resolver. (Arata, 2020, p. 591)

Así mismo, el autor señala que el Código Civil del 1984 le ha conferido la calidad de negocio patrimonial de carácter dispositivo a la partición convencional mediante acuerdo; donde cada uno busca su satisfacción económica al realizar este acto. (Arata, 2020, p. 592)

Este acuerdo de voluntades no solo se da en el supuesto de repartirse entre los copropietarios los bienes integrantes de la masa común, sino también la adjudicación de los mismos a favor de un tercero mediante compra y venta, o en favor de uno de los copropietarios, repartiéndose mediante acuerdo el dinero recaudado de dicha venta. (Arata, 2020, p. 592)

Con respecto a la venta de los bienes, normalmente los copropietarios llegan a la conclusión de realizar dicho acto cuando el bien deviene en indivisible, pero al no existir una restricción por la ley de poder vender los bienes divisibles, también se podrá coordinar entre los copropietarios la venta de ello y realizar el reparto del metálico, pero aquí debemos tener presente que con la venta no se extingue la propiedad, sino que esta seguirá y solo se extinguirá solo hasta el acto de liquidarse el dinero a todos los copropietarios. (Arata, 2020, p. 592)

Otro supuesto es el de combinación de todo el bien común a favor de un solo copropietario, el cual indemnizara a los demás de acuerdo a la parte proporcional que le corresponde a cada uno de ello, y el supuesto de adjudicación y compensación de deudas y obligación a un tercero. (Arata, 2020, p. 592)

La mayor característica que nos presente esta forma de división es el de la autonomía para realizar el contrato particional que le otorga el Código Civil, a los copropietarios para que estos mismos puedan elegir como repartírselo. (Arata, 2020, p. 592)

c.1.2. Partición convencional por azar.

Otra forma de partición que nos establece el Código Civil de 1984 es el que se realiza mediante el azar, donde lo que se sortea viene a ser la distribución de los bienes de la masa común y no el acto de partición en sí. (Arata, 2020, p. 592)

Para ello, los copropietarios deberán se establecer la conformación y realizar una división proporcional material de la cosa común la cual se dividirá por lotes o bloques, los cuales serán objeto del sorteo, del mismo modo se requerirá la decisión y manifestación de voluntad de los copropietarios de realizar la adjudicación mediante sorteo. (Arata, 2020, p. 592)

Durante el acto del sorteo se les dará conocimiento del valor económico de cada bloque a los copropietarios, así también debemos tener presente que este acto solo se podrá dar en los casos de existir pluralidad de bienes o en caso contrario, se requerirá que el bien materia de división sea divisible. (Arata, 2020, p. 592)

El autor señala que el legislador no ha establecido que formalidad debe de seguirse en estos casos, se entiende que este será un negocio jurídico con libertad de forma, por lo que hasta incluso podría considerarse la idea de realizarla de manera verbal. (Arata, 2020, p. 592)

Pero por razones de publicidad registral y prueba, se exigirá que dicho acto se realice bajo las formalidades exigidas por ley, para evitar futuras controversias entre los copropietarios, nos señala también que incluso se podrá acceder a vía judicial para la realización de dicho acto. (Arata, 2020, p. 592)

El autor desde su punto de vista nos dice que en caso de hacer la división y partición de la herencia es preferible realizar el acto de partición en base a los supuestos señalados dentro del artículo 853 del Código Civil, la cual establece que en caso de que todos los herederos estén de acuerdo, la partición se realizara mediante escritura pública, siempre que le bien o los bienes se encuentren inscritos en Registro Públicos. (Arata, 2020, p. 592)

d. Efectos de la partición.

Los efectos que produce el acto de partición impactan no solo a los copropietarios, sino que también a terceros, y a los mismos bienes materia de

división, por lo que se desarrolla con respecto a cada uno de ellos y como los afecta el acto de partición:

d.1. Respecto a los copropietarios.

El primer efecto y de mayor relevancia para los copropietarios es que pasan de pertenecer de comunidad a la individualidad y exclusividad de ostentar el derecho de propiedad sobre los bienes que se le han adjudicada, ya que durante el estado de comunión cada comunero ostentaba el derecho individual sobre la cuota ideal y colectivo sobre la cosa concreta en común. (Arata, 2020, p. 577)

Que si durante el estado de indivisión en el que se encontraba la cosa, se han constituido gravámenes a todo el bien común o solo a una cuota ideal, esta recaerá sobre el nuevo propietario, adjudicatario o tercero que ostente la propiedad sobre el bien concreto, así mismo, el Tribunal Registral ha determinado que al haberse reconocido dentro de nuestro ordenamiento a la teoría traslativa, todos aquellos gravámenes que afecten ya sea a la cosa común o la cosa ideal, serán trasladadas a todas las partidas que contengan la inmatriculación que sobrevino de la división y partición, siempre que el gravamen se haya realizado bajo acuerdo común de todos los copropietarios.(Arata, 2020, p. 577)

En caso de que el gravamen de toda la cosa común se haya realizado sin el consentimiento expreso y común de todos los comuneros, devendrá en ineficaz de acuerdo al art. 978 del Código Civil, por lo que el efecto de gravamen post partición solo se adjudicará a la parte concreta de aquellos que dispusieron de todo el bien común sin consentimiento de los demás, para dar su correcto cumplimiento.

En caso de existir una obligación indemnizatoria de un derecho anterior, los copropietarios tendrán la obligación de realizar el saneamiento por evicción.

d.2. Respecto a terceros.

En caso de que el tercero sea el acreedor de alguna obligación o gravamen sobre el bien común o la cosa material individual de uno de los comuneros, solo hasta el momento de realizar la partición este pasará a adjudicarse el bien a su deudor, para así poder cobrar lo prometido, eliminando la ineficacia que existía.

Cuando exista una garantía real o embargo por un tercero sobre el bien común o cosa ideal correspondiente a su deudor, se tiene que el acto de partición

no afectara en nada a sus derechos, y estos quedaran sin daños y seguirá ostentándolas sin ningún cambio.

d.3. Respecto a los bienes en común.

Los efectos que se producen son:

Si existieran gravámenes antes de la partición todos los bienes partidos mantendrán dicho gravamen de manera individual, salvo en los casos que el gravamen hubiese sido efectuado solo por uno de los comuneros, solo el bien concreto que fue adjudicado a este comunero seguirá ostentando el gravamen.

Otro efecto es que cada una de las fracciones que son adjudicadas a los comuneros, tendrán todos los derechos de propiedad que le confiere la ley. (Arata, 2020, p. 577)

Ortega (2017, p.25), en cambio nos dice que la partición solo produce dos efectos, uno retroactivo en base a que el acto de adjudicación del bien material al comunero no genera ningún nuevo derecho, sino tan solo se confirma una situación ideal al hecho concreto y otro declarativo en fundamento de que se le reconoce al comunero un derecho reconocido desde incluso antes del acto de partición, siguiendo la línea de la tesis declarativa, lo cual no es de aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano, pero es importante señalarlo.

e. Características.

e.1. Es imperativo.

En base a dos aspectos: uno, en base a que la partición es entendida como una norma inderogable por acuerdo de las partes, por lo que tiene un carácter de irrenunciabilidad, en el sentido de que la norma no establece excepción para ello, pero si establece limitaciones temporales como son el régimen de indivisión por voluntad de partes mientras no se exceda el plazo de duración establecido por ley, con el fin de no vulnerar el derecho del copropietario de solicitar la partición o división de las cosas comunes. (Arata, 2020, p. 580)

Aunque hoy en día pese a que la copropiedad exige dentro de su carácter imperativo la necesidad de realizar la división de la comunidad, el legislador ha creado diversas instituciones jurídicas que regulan la indivisibilidad eterna como es el caso de la propiedad horizontal. (Arata, 2020, p. 581)

Con respecto, al segundo aspecto se establece en base a que, una vez iniciada la acción de partición por uno de los comuneros, esta no podrá detenerse en caso de que concurra la oposición de los otros comuneros, sino que se encontraran obligados a hacer la partición, ya sea por voluntad propia o mediante resolución judicial determinante. (Arata, 2020, p. 581)

e.1.1. Carácter real de la partición.

Deviene en base a la transformación del derecho de copropiedad al derecho de propiedad exclusiva de cada copropietario mediante el uso de la partición, la transformación del derecho real de copropiedad al de propiedad se da al ser derechos de igual naturaleza, aunque algunos doctrinarios establecen que en los casos de que de la partición nazcan derechos de créditos entre los copropietarios estos representarían a como cargas para las propiedades individuales para los comuneros. (Arata, 2020, p. 582)

e.1.2. Carácter personal de la acción de partición.

Hay algunos autores que refieren que al ejercitarse la partición del bien común no se ve el derecho de copropiedad, sino tan solo la acción, por lo que este carácter personal reputaría que la acción de partición no existe el carácter real, sino tan solo de acción personas de dividir la cosa común. (Arata, 2020, p. 583)

e.1.3. Carácter mixto de la acción de partición.

Se entiende que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se rige por el carácter mixto de la acción de partición, en tanto que el juez deberá de realizar las adjudicaciones de la cosa común a cada una de las partes en tanto a las reglas de la equidad, así como el de ordenarle a quien tuviera un adeudo la adjudicación del bien del que habría sido beneficiada con el fin de pagar la suma de dinero o cumplir la obligación que tenga. (Arata, 2020, p. 583)

Por otro lado, tenemos que en caso de ver la competencia del juez que deberá ver el caso de división y partición se regirá en base a lo establecido por el artículo 14 del Código Procesal Civil, siendo que, en caso solo se viera el carácter personal de la acción será competente el juez del domicilio del demandado o de cualquiera de los demandados de acuerdo al artículo 15 del Código Procesal Civil, pero si

también le agregamos el carácter real, se puede también otorgar la competencia al juez del lugar donde se encontraran los bienes materia de división y partición, como establece el artículo 24.1 del Código Procesal Civil.

e.2. Es imprescriptible.

En base a lo establecido dentro del artículo 958 del Código Civil de 1984 “La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.” Se entiende que otra de las características de la acción de partición viene a ser su imprescriptibilidad, pero el artículo citado no solo se queda en señalar ello, sino que también establece un segundo supuesto en el que prohíbe que uno de los copropietarios pueda adquirir por prescripción los bienes comunes.

e.2.1. La imprescriptibilidad de la pretensión de partición.

Es una de las características que el legislador le ha otorgado a la acción de partición, es el de imprescriptibilidad la cual determina que esta acción podrá solicitarse en cualquier momento y nunca va a prescribirse el plazo para poder ejercerla, determinándose que la acción de partición es irrenunciable. (Ortega, 2017, p.23)

Para poder hablar sobre la imprescriptibilidad, primero debemos comprender que es a lo denominamos prescripción extintiva de acción de un derecho, en este caso la acción del derecho de partición, como nos señala Berastain (2020, p. 362) que la prescripción se da bajo las circunstancias de existir inercia o abandono por parte del titular del ejercicio del derecho, o lo que también denomina como desinterés por parte del autor del derecho.

Habiendo precisado ello, Arata (2020, p. 588) nos señala que, al otorgarle el carácter de imprescriptible a la acción de partición, se le otorga el derecho de poder acceder a ella en cualquier momento, al tener su carácter patrimonial como ventaja.

e.2.2. La prohibición de los copropietarios de adquirir por prescripción la propiedad de los bienes comunes,

Así mismo, en el segundo supuesto que nos establece el artículo 985 del Código Civil, establece una prohibición hacia los copropietarios o sucesores del mismo, a poder adquirir el bien común mediante prescripción adquisitiva de dominio, donde la misma sería contrario a lo establecido dentro del artículo 974 del mismo código que establece el derecho de los copropietarios de hacer uso del bien común, con la única condición de no causar lesiones ni perjudicar el interés de los demás.

Pero lo importante aquí es señalar que este supuesto de hecho, ha servido con el fin de dar la mano a la imprescriptibilidad de la acción de partición, debido a que si los comuneros podrían hacer uso de la prescripción adquisitiva del bien común, el carácter de imprescriptible de la acción de partición, devendría en ilusoria e imposible, pese a lo señalado, no se encuentran prohibido que se presente el supuesto de prescripción adquisitiva del bien común por un tercero ajeno a la comunidad. (Arata, 2020, p. 588)

e.3. Es personal.

Pues es ejercida por cualquiera de los comuneros y no solo en común acuerdo, además de ello, el copropietario que dé inicio a la acción de partición deberá de ejercerla contra todos los demás. (Ortega, 2017, p. 24)

e.4. Es adquirido.

Ortega (2017, p. 24) señala que uno de las características de la acción de partición viene a ser la que viene de un derecho nato y no un derecho ocasional o accidental, salvo en los casos que exista suspensión.

e.5. Es constitutivo.

Porque, cuando se ejercita esta acción se busca el constituir un nuevo estado jurídico de la común que pasa de ser de todos a singularizarse e individualizarse al otorgarle la propiedad exclusiva de la parte concreta que le pertenece a cada copropietario. (Ortega, 2017, p. 24)

f. Proceso de división y partición judicial.

Al no establecer una vía procedimental idónea para el proceso de División y Partición dentro del Código Procesal Civil, la misma se regirá en base al art. 475.1 del mismo código que señala “No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el juez considere atendible su tramitación.”, determinando que el proceso se tramitará en proceso de conocimiento.

f.1. Sujetos legitimados para instarla.

Naturalmente se podría decir que los únicos sujetos legitimados para poder instar la realización del acto de partición devendrían solo en los copropietarios de la cosa común universal, pero el legislador del Código Civil de 1984 ha considerado que esta legitimidad también debería ser otorgada a los terceros interesados, como nos establece el art. 984 del código citado, el cual señala que el acto de partición podrá ser solicitada por cualquiera de los copropietarios así como del acreedor de cualquiera de ellos.

En cuanto a otorgarle la legitimidad de obrar a los copropietarios, se entiende que se le otorga bajo el fundamento de que cada comunero tiene la titularidad del derecho de propiedad sobre toda la masa común, en cuanto al tercero interesado Arata (2020, p. 584) nos señala que el legislador ha decidido otorgarle dicha facultad en base a la existencia de interés legítimo sobre la cosa con el fin de saldar un deuda u obligación.

f.2. Requisitos de procedencia.

El artículo 987 del Código Procesal Civil, establece que en caso de que la partición mediante acuerdo de los copropietarios deba someterse a vía judicial, esta solicitud deberá de ser acompañada con la tasación de los bienes que integran la cosa común, solo se prescindirá de ellos en caso de tratarse de bienes cotizados en la bolsa de valores u otros simulares; y si hubiera un convenio particional anterior que no logro concluirse, deberá de incluirse.

2.2.2. Abuso del derecho.

2.2.2.1. Historia.

Es importante mencionar que el abuso del derecho ha cambiado a lo largo del tiempo porque no es lo mismo en la actualidad, es así que, en el siglo s. XIX

cuando el capitalismo estaba en el apogeo de su éxito y reconocimiento juntamente con el liberalismo, la teoría del abuso del derecho se daba como respuesta a la ineficacia de la ley, donde se mostraban casos inauditos y forzados, pero el estudio del derecho frente a este problema jurídico desarrollo dos concepciones: En primer lugar, se plasmó la concepción individualista, el cual, implica la configuración del abuso de derecho y ello se da cuando la persona que realiza el ejercicio del derecho es titular, ya sea, de manera culpable o dolosa, pero va a dañar el derecho de la otra persona, por otra parte, el autor Alessandri (c.p. Gaviria, 1980, p. 30) menciona que los derechos prescritos y protegidos por el orden jurídico obligan al sujeto a que se comporte para que ejercite su derecho diligentemente, de buena fe y de forma correcta.

La segunda configuración es la moderna, el cual, prosigue el corte socialista donde el abuso del poder va en contra de la finalidad económica y social del derecho (Gaviria, 1980, p. 30).

Aquella ineficacia del derecho comenzó a suscitar en el siglo XIX porque llegaba a extenderse los ideales liberales y la vigencia de la norma haciendo que el ejercicio de los derechos no sea respetado específicamente el límite de donde comienza el derecho de otra persona, en otras palabras, lo ejercían sin ninguna restricción, por ello, los liberales sostenían que solo la ley podía establecer límites, de modo que, las personas al actuar dentro de aquel limite ya no era necesario investigar sobre la intención de los sujetos o la afectación a otra persona. Después por el siglo XX, distinto al pensamiento liberalista surge el pensamiento denominado solidario, el cual, era opuesto a los individualistas porque veían a los derechos subjetivos como relativos, donde estaban limitados por los derechos de otras personas y un interés justo que debe mover a todos los miembros de la sociedad (Hess, Louge y Zarate, 2010).

2.2.2.2. Concepto del abuso del derecho.

En primer lugar, es necesario señalar que el abuso del derecho dentro de la legislación peruana se encuentra establecida en el artículo II del Código Civil, el cual, es considerado como una norma direccional para todo el proceso civil, es decir, que aquel lineamiento va ser vulnerado cuando: “ (...) se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un

interés legítimo, aun no protegido jurídicamente (...)” (Casación N° 2182- 2006-Santa) porque el poder legislativo en su rol de creador de normas no realiza por cumplir con aquella función, sino de acuerdo a la necesidad de la sociedad donde un derecho cesa cuando comienza el derecho del otro.

Ahora bien, siguiendo la postura señalada se circunscribe el abuso del derecho a un fin especial, eso es: “(..) Cuando el titular de un derecho lo ejerce con el fin de dañar a otro y no con el fin de beneficiarse (...)” (Casación N° 2182-2006-santa), ello nos da a comprender que sobrepasar el derecho suscita dañar los derechos de otra persona.

En este sentido, la autora Lizana (2018, p. 62) señala, que es cuando:

(...) el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros.

Es decir, el límite del ordenamiento jurídico es permitido en el país, por lo que se considera el ejercicio regular del derecho, sin embargo, una cosa es lo que se ve en el exterior y otra es lo que se da en el interior y exactamente aquella intención de dañar es denominada como mala fe, siendo ello el parámetro de vulnerabilidad de las reglas sociales que no están contenidas en un texto normativo, pero que regulan el comportamiento de cada persona que incorpora una sociedad.

El abuso del derecho, consta de la mala fe en el ejercicio de un derecho previsto en el ordenamiento jurídico y cuyo acto no se ajusta a la ley, es decir, es ilegítimo, asimismo, a nivel jurisdiccional los operadores jurídicos que tienen la potestad de administrar justicia en nombre del estado son ejercidas al distinguir que el ejercicio abusivo del derecho son realizadas fuera de la esfera límite, donde los límites representan el orden normativo vigente y reglas no prescritas, estas últimas son aceptadas por la sociedad para mantener y promover su paz y tranquilidad, por lo que, no se presume que una obligación sea contrario a la ley, sino que otras contradigan tal obligación (Lizana, 2018, pp. 62-63). En ese sentido, el ejercicio de los derechos solo puede realizarse de acuerdo con el fin normativo, donde todos los

poderes del estado, los cuales, organizan el país también atacan derechos, pero en el marco del bien común, por ejemplo, el derecho de libertad que se encuentra emitido a la regulación del estado sobre el uso de mascarillas para evitar el aumento de contagios por el COVID-19, siendo una acción estatal del derecho común, es decir, sería un ejercicio regular, circunstancia que no es igual a un estado dictatorial.

Desde el punto de vista doctrinario, el abuso del derecho en el ordenamiento jurídico chileno se considera como una teoría que fue construida con cimientos dogmáticos y jurisprudenciales partiendo del derecho civil patrimonial al ejercitar el derecho de propiedad, donde la acción de una persona era determinada como abusivo e injusto porque excedía el límite regulado y ello era un daño ilícito, por lo que, como consecuencia de tales afectaciones se consideró como solución la reparación del daño producido, por otra parte, con respecto a esta doctrina queda claro dos aspectos, primero si o si existirá ejercicio abusivo del derecho cuando se sobrepasa el límite del ordenamiento jurídico y segundo también puede haber ejercicio abusivo del derecho a pesar de no exceder el límite legal (Barraza, 2021, pp. 35-36).

2.2.2.3. *Naturaleza jurídica.*

Es necesario mencionar sobre la existencia de la naturaleza jurídica del abuso de derecho, para ello, el autor Fernández (2014, pp. 153-159) sostiene lo siguiente:

A. **Presentación del tema:** Dentro de este tema se menciona, que es importante ubicar esta figura sobre el ejercicio abusivo del derecho dentro de la ciencia jurídica, delimitando sus caracteres porque de ahí se podrá derivar las consecuencias o efectos que produce, pero cabe señalar que todo ello se está partiendo ante un acto jurídico, donde estas acciones surgen de la voluntad de la persona de forma lícito o ilícito.

Ahora bien, es necesario aludir que este tema solo puede encontrarse en el ámbito civil porque en el área penal no existe una infracción sin un ordenamiento jurídico establecido expresamente, por ello existe el “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*”.

B. **Como acto ilícito:** Cabe resaltar que el derecho existe para cumplir con un objetivo o por una razón a realizar y no es posible que se aparta de aquel fin.

Asimismo, estos derechos no están establecidos para dañar injustamente a otra persona, por ello, menciona que los derechos no son absolutos, sino relativos, el cual, están limitados a cumplir con el objetivo que fueron creados, pero va encontrarse el abuso cuando exista un apartamiento de aquel fin cometido. Por ello, otros autores argumentan que la naturaleza jurídica del abuso del derecho va a provenir con la existencia del apartamiento de un deber jurídico.

- C. **Como ubicado en una "zona intermedia" entre lo lícito y lo ilícito:** En este punto nos precisa, que el ejercicio abusivo del derecho va a partir de un derecho ejercido por el titular porque de una situación que va ser considerada lícita al momento que el sujeto lo ejerce de forma incorrecta esta se va a convertir ilícita, por tanto, el abuso del derecho se ubicara de acuerdo a este enfoque en una zona gris, encontrándose entre lo lícito e ilícito.

Ahora bien, de acuerdo a este tema el autor Fernández (2014, pp. 153-159) sostiene, que el abuso del derecho se encuentra ubicado entre lo lícito y lo ilícito, es decir se establece en un lugar intermedio, como una tercera figura porque se comprende que la acción abusiva es lícito solo en relación al aspecto formal, pero se convierte en ilícito cuando transgrede los valores plasmados en el ordenamiento jurídico.

- D. **Como acto ilícito "sui generis" o "atípico":** Un acto ilícito atípico o *sui generis*, al abuso del derecho juntamente con el fraude a la ley, donde ambos parten de cuatro supuestos importantes, los cuales, son: Accionar en principio respaldado por un ordenamiento jurídico, la producción de un daño, ya sea, causado con o sin intención, que aquel daño sea injustificado acorde a la vigencia de algunos principios generales y, por último, que la generación a partir de este balance establezca un criterio regulador sobre las conductas prohibitivas. Ahora bien, existe abuso de derecho cuando se presentan estos aspectos: cuando se ejerce un derecho subjetivo, cuando se vulnera un interés no respaldado por el derecho, cuando aquel daño producido supuso un comportamiento inmoral, anti funcional, antisocial. Asimismo, mencionan que tanto el acto ilícito es típico al quebrantar una

norma y resulta ser atípico cuando se actúa plasmando un derecho, pero se vulnera principios generales.

- E. Otras opiniones:** Respecto a este tema el autor Fernández (2014, pp. 153-159) señala que los territorios de aplicación del ordenamiento jurídico del acto abusivo no pueden superponerse; la doctrina del abuso de derecho fue originada para afrontar casos en las que un derecho legítimo es empleado de manera no ilícitamente, anti funcional, tornándose en innecesario el instrumento del abuso si se toma en cuenta que dicho acto abusivo forma parte de un acto ilícito, ya que, el código civil contiene normas para enfrentar la ilicitud. Por tanto, este autor sostiene que el ejercicio abusivo del derecho no es ilícito porque fundamenta que es un acto disfuncionalmente ejercido.
- F. Nuestra opinión:** Dentro de este numeral se considera que definitivamente el abuso del derecho es considerado como una forma ilícita, el cual, se origina con el ejercicio abusivo del derecho subjetivo de manera irracional, irregular. Asimismo, consideran que lo ilícito va a partir del abuso del derecho porque la acción empieza siendo el ejercicio de un derecho ya subjetivo y lo que se va a transgredir no está específicamente expresado en aquel derecho subjetivo sino en los fines, interés o valores en que está plasmada.

2.2.2.4. ¿Cuándo existe abuso del derecho?

Respecto a este tema, primero es fundamental abarcar desde el punto de vista doctrinario, por ello, es bueno precisar que en párrafos anteriores ya se había mencionado que la persona puede ejercer de forma abusiva sus derechos pese a que sus acciones estén dentro de los límites de la ley, por esa razón, también es necesario definir que la palabra abuso desde el punto de vista del ámbito constitutivo subjetivo, se entiende que es la mala intensión de una persona que quiere dañar directamente a otro y de acuerdo al ámbito objetivo consideran que la persona que persigue sus propios intereses, perjudica a la otra parte dañándole (Barraza, 2021, p. 36).

Ahora bien, según Bogotá citado por Linares (2016, párr. 4) señala que la conducta de la persona que realiza el ejercicio abusivo de su derecho llega a tener

un comportamiento activo, es decir, es una acción determinada por criterios objetivos y se considera como conducta pasiva cuando en ambos tipos de comportamiento la persona lo ejerce en razón de ser titular del derecho, todo ello, configurándose por dolo o culpa de parte del agresor que contradice los fines legales.

2.2.2.5. Criterios para su determinación.

Los criterios que sirven para definir el ejercicio abusivo del derecho son concretos, el cual, el autor Rubio citado por Morales, (2020, p. 04), menciona que, para la configuración del abuso de derecho, es fundamental que se apliquen los métodos de integración jurídica para que ayuden a determinar si se desarrolló un ejercicio regular del derecho o no.

Asimismo, Morales (2020, p. 05), señala específicamente aquellos requisitos que se debe cumplir de forma copulativa para que se configure el abuso de derecho, los cuales, son:

- En primer lugar, debe existir una norma jurídica que identifique un derecho.
- En segundo lugar, aquel derecho debe ser relativo, es decir, tiene que contener ciertas limitaciones.
- En tercer lugar, se origina el ejercicio de ese derecho por una persona o por la omisión de aquel ejercicio y con ello se afectan los intereses legítimos de otro sujeto.
- En cuarto lugar, se refiere que ese ejercicio del derecho o la omisión no deben encontrarse limitados ni prohibidos por ninguna norma positiva.
- En quinto lugar, se establece que la afectación del legítimo interés de la otra persona no se encuentra tutelado por un marco legal específico.
- Por último, se comprende que aquel ejercicio es contrario al principio de buena fe y las normas generales de convivencia social.

Por consiguiente, se va explicar cada uno de los requisitos de la siguiente manera: El primero es una disposición legal de manera expresa y taxativa, el cual, anuncia el principio de legalidad que todo ordenamiento legal tiene, el segundo requisito sostiene que el derecho no solo debe ser protegido por el marco legal vigente de un país, ni debe ser absoluto, al contrario, debe ser considerado como relativo en extremo para la convivencia social en la que cada individuo tenga los

mismo derechos que el otro, el tercero significa que el abuso del derecho es por parte de una persona que está sujeto a ley, porque los animales no pueden ejercer los derechos de manera abusiva, el cual, esta conducta que genera el abuso de derecho va ser pasiva o activa, el cuarto requisito expresa como la falta de ordenamiento o cumplimiento de la función legislativa de los miembros del congreso, donde a pesar de que la norma se encuentre vigente, esta no tiene en ningún extremo de su contenido el impedimento de ejercer el derecho del cual sería titular de un sujeto o el incumplimiento del mismo, el quinto requisito implica sobre la inexistencia de una disposición legal que incluya de manera taxativa la afectación legítimo de otro sujeto que se encuentre resguardado y , por último, el sexto requisito señala que tal conducta activa o pasiva del agresor va en contra de las normas no reglamentadas de la sociedad en la se encuentren.

2.2.2.5.1. Criterio objetivo.

Respecto al criterio objetivo, para determinar si existió o no un ejercicio abusivo del derecho por parte de una persona, es necesario mencionar sus tres concepciones, el cual, esta abarcado de la siguiente forma: el primero alude que la conducta o pasiva o activa está encaminada a mermar el objetivo social y económico que tienen los derechos, siendo debidamente tales finalidades para proteger tanto el fin colectivo como el individual, la segunda concepción señala que la persona se opone deliberadamente al estado, en el sentido de que la conducta pasiva o activa merma propiamente las necesidades sociales y el tercero precisa que tal comportamiento por el sujeto titular de un derecho con la simple inacción o acción va en contra de las buenas costumbres y de lo moral, en otras palabras, da entender que aquellas normas sociales no reguladas que rigen el comportamiento de las personas, van ejercer de esa manera el abuso del derecho individual que uno es titular (Duran, 2012, p. 11).

Por otro lado, en comparación con el criterio subjetivo, es más complejo, porque supera las limitaciones que tiene el otro, en vista de que, a diferencia del criterio subjetivo que considera la intención del sujeto que realiza el abuso del derecho, se debe emplear identificando el comportamiento que va en contra del propósito socioeconómico jurídico y la ética, donde la balanza equitativa apoya un

lado cuando el agresor abusa indebidamente su derecho del cual es titular (Rodríguez, 2020, pp. 103-104).

2.2.2.5.2. *Criterio subjetivo.*

En otro sentido contrario al criterio objetivo, existe el criterio subjetivo, el cual, establece que es importante que la conducta sea activa, en que es necesario aplicar los tres criterios configurables de manera copulativa o individual, es decir, solo requiere que se realice un solo criterio. Ahora bien, los criterios mencionados son: la negligencia, la inexistencia de un interés legítimo y serio de respetar el derecho de otra persona, por último, se tiene el *animus nocendi* (Angulo, 2006, p. 05).

Pero en vista de lo anterior, aun es insuficiente para que se identifique el abuso del derecho y esta deficiencia se presentó precisamente en Inglaterra en la cámara de los Lores en el año de 1895, el cual, se estableció lo siguiente: “Un vecino, por cuyo fundo cruzaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a la municipalidad a que loa adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, este resolvió que, puesto que el corte de corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso. La solución dada a este caso resulta repugnante al sentido jurídico moderno” (Angulo, 2006, p. 05).

En el ejemplo citado, señala que no basta que el infractor del derecho tenga un interés legítimo que se encuentra un inexistente interés legítimo y serio porque se observó que el vecino si tenía un interés legítimo que se encuentra en el ordenamiento jurídico, pero a pesar de esto se puede observar que existe abuso del derecho.

2.2.2.5.3. *Criterio ecléctico.*

Ahora bien, el autor Angulo (2006, pp.06-07) manifiesta que este es otro criterio que busca explicar cómo se configura el ejercicio abusivo del derecho, pero este a diferencia de los otros, que solo exploran lo mismo que el ecléctico, son más completos en el sentido que realiza los requisitos adecuados que lleva a cabo los criterios precedidos, por esa razón, también es conocido como criterio mixto, el cual, aquí específicamente identifican tres cosas: El derecho que se está ejerciendo

abusivamente, la intención objetiva del titular y la obligación de buena fe que se quebranta.

2.2.2.6. Presupuestos del abuso del poder.

Primero, es importante mencionar que el autor Fernández (2014, pp. 163-164) dentro del presente numeral, va a detallar lo que se requiere para exista un abuso de derecho de la siguiente manera:

- a) El surgimiento del ejercicio abusivo del derecho debe comenzar por la determinación de un derecho subjetivo, el cual, parte cuando se ejercita la transición de lo ilícito y ello afecta los intereses de las demás personas o de la contraparte.
- b) La transgresión de un deber genérico debe estar incluido en todo el derecho subjetivo, es decir, que el abuso de derecho transgreda el deber de un comportamiento, el cual, esta emitido dentro de un ordenamiento jurídico a través de principios como la razonabilidad, la buena fe, la solidaridad, etc.
- c) El derecho subjetivo tiene que ser actuado de forma antisocial, irregular e inmoral porque este ejercicio es un acto ilícito, el cual, se depende de lo moral, lo social admisible y sobre todo de la buena fe.
- d) El ejercicio del derecho subjetivo debe afectar el interés ajeno no tutelado, dañando de esa forma a un tercero, por ello, es necesario que se priorice la tutela del interés de la persona afectada y no solo de quien está ejerciendo su derecho porque está actuando de forma abusiva e ilícita.
- e) Existencia del ejercicio de derecho entre la relación causal y la afectación del interés de un tercero.
- f) La lesión causada debe estar sujeta de forma imputable a las personas que ejercen el derecho bajo los siguientes aspectos: Por actuar de forma culpable o dolosa, por haber empleado el derecho de manera irracional, anormal e irregular, porque se procedió sin necesidad o utilidad, sin interés legítimo, se desprendió de la buena fe o las buenas costumbres, se actuó con un horizonte fuera del fin propio del derecho.
- g) El abuso de derecho dentro de su autonomía estructural no ordena necesariamente la calificación de un comportamiento como culposa o

dolosa, por ello, este presupuesto menciona que aquel sujeto que ejerce contra el fin del derecho debe actuar de forma anormal o irregular.

2.2.2.7. Teoría del abuso del derecho.

En cuanto a la teoría del abuso del derecho Gaviria (1980, pp. 31.32) menciona que esta refuta de que el ejercicio abusivo del derecho sea configurado como dolo o culpa, puesto que, al hacer eso es no conocer la eficacia y validez de la teoría porque de esta manera quedaría reducida a la configuración de responsabilidad criminal o cuasi delictual, cuando se presentan casos de comportamientos donde exista abuso del derecho, estas puedan ser presentadas sin la opción de que sea posible inculpar el hecho.

Por otro lado, Cuentas (1997, pp. 463-464) alude que se comprende por la teoría señalada como el resultado de muchos cambios continuos del ordenamiento jurídico, a través, del tiempo incluyendo entre ellos las leyes y los códigos, es decir, que la teoría presente surge como una figura que responde a un problema social.

2.2.2.7.1. La naturaleza del acto abusivo.

Para que un derecho exista y se mantenga es necesario poner límites en su ejercicio, en conformidad a dicho pensamiento la naturaleza del acto abusivo reside en ver el ejercicio abusivo del derecho como un principio general jurídico juntamente con el aspecto de como determinar la configuración del abuso, por ello, primero pasa a definir los criterios que se utilizan para lograr este fin (Hess, Emiliozzi y Zarate, 2010, p. 04).

Siguiendo tal ilación, digamos que se emplea el criterio subjetivo para determinar si existe el ejercicio abusivo del derecho, por tanto, se llegara a configurar el abuso de derecho solo cuando la persona que haya realizado la conducta lo hiciera con culpa o dolo, siendo suficiente la intención por la acción o inacción para causar daño a un tercero, este criterio fue generalmente aplicado por la jurisprudencia francesa, hasta aquí resulta ser insuficiente, por tanto, aplicaremos el criterio objetivo, puesto que, la persona que ejercita el derecho, del cual, es titular lo efectuó contrario a su objetivo por el cual existe, pero a partir de un tercer criterio deben de complementarse el objetivo y subjetivo para que se configure el abuso de derecho (Hess, Emiliozzi y Zarate, 2010, pp. 04-05).

Por consiguiente, el abuso de derecho es considerado como un lineamiento rector del derecho porque ante el ejercicio abusivo del derecho esta teoría pueda ser la solución (Hess, Emiliozzi y Zarate, 2010, pp. 11-12).

2.2.2.7.2. Valoración del uso, del abuso y del ejercicio antisocial del derecho.

Ahora bien, es importante señalar que el uso del derecho es amplio si se considera su ejercicio, el cual, ante ello el autor Ennecerus menciona que todo acto de ejercicio del derecho que cause perjuicio a otra persona no se prohíbe de manera absoluta, debido a que en la sociedad es necesario que se ejerciten derechos por más daño que puedan generar a otro, pero el problema que cabe señalar es cuando uno se encuentra frente a la decisión de ejercitar o no un derecho del cual es titular porque si uno no ejercita aquel derecho estaría incumpliendo un rol social, pero tienen que realizar de acuerdo al límite jurídico y no jurídico para que no exista el abuso del derecho, el cual, rebasa el límite que establece el ordenamiento jurídico (Martín, 1979, p. 446).

2.2.2.7.3. El ejercicio abusivo del derecho dentro del Código Civil peruano.

En nuestro Código Civil nos menciona que el ejercicio abusivo del derecho es un principio que debe ser cumplido siempre, por ello, atraviesa por dos motivos: el fisiológico y el patológico. Ahora bien, el primero consta como un elemento incorporado de la buena fe, es decir, sirve para establecer restricciones al ejercicio de los derechos subjetivos que desarrollan la personas y en la segunda situación el abuso de derecho es configurado como resultado de la representación, el cual, busca la responsabilidad en cuanto a las reglas ineficaces (Espinoza, 2005, p. 24).

A. Supuestos de abusos de derecho dentro del common law.

El *common law* no es ajeno al abuso de derecho porque iniciando el año de 1706, Inglaterra a través de su jurisprudencia ya conocía sobre los actos abusivos del derecho, tal acción se ha descrito con el caso de *Leading decoy*, el cual, se refería a que un vecino A utilizando libremente el arma que obtenía disparaba para ahuyentar a las aves que su vecino B cazaba como medio de sustento, por ello, el caso mencionado concluye que el vecino A no puede utilizar su arma de fuego para

que actúe de mala fe espantando a las aves que cazaba el vecino B, estableciéndose que los derechos que son previstos por la ley no pueden ejercerse para ofender a otras personas, también se presentó otro caso de una persona A que utilizaba armas de fuego para que con su ruido haga abortar a los zorros plateados, el cual, criaba la persona B, vecino colindante, entonces estas conducta del sujeto A responde a título de *nuisance*. Por otra parte, en Francia resaltan dos casos: El primero deriva de un hombre que construyó una chimenea muy alta con el objetivo que el vecino de atrás no tenga su espacio alumbrado y el segundo caso en mención incluso llegó al Tribunal de compañía, el cual, se refiere que una persona compró un terreno donde construyó puertas gigantes las cuales dañaban a los autos que pasaban sobre ella, aquel sujeto afirmó haberlas construido para que pueda vender la propiedad con un precio prohibitivo, por tanto, el Tribunal concluyo que cuando se ejerce un derecho debe ser concordancia al objetivo con la que fue legislado y debe ser contrario a ello (Espinoza, 2005, pp. 24-28).

Espinoza (2005, pp. 24-28) señala que en el país de Alemania, el abuso de derecho se dio a registrar al resolver un caso de enemistad que tenía un padre con su hijo, el cual, el padre no le permitía ver la tumba de la madre ubicada en una finca, por lo que, el tribunal emite su decisión expresando un alcance de nivel general, donde la prohibición tiene un límite donde se circunscribe al grado de antecedente a las funciones sociales que tiene el ordenamiento jurídico donde aseveran que el abuso de derecho es cuando los usuarios abusan de sus derechos o cuando lo accionan con fines egoístas.

Entre los años de 1934 y 1964 en los países de Checoslovaquia, Portugal, España Polonia y Rusia empezaron se empezó a considerar al abuso de derecho aplicando junto con el principio de buena fe objetiva y el principio de corrección, llegando a convertir la aplicación para la doctrina de manera dominante a diferencia de la jurisdicción italiana que opta por aplicar definiciones jurídicas más objetivos que el principio del abuso de derecho (Espinoza, 2005, pp. 24-28).

B. El abuso de derecho en el ámbito jurídico latinoamericano.

A nivel de América latina existen normas que abarcan de manera tacita o expresa el abuso del derecho. Ahora bien, en el país de Argentina ha sido prescrita

de manera precursoramente el artículo 1070 del Código Civil en el año de 1869 que el juez para resolver los casos debe tener en cuenta lo siguiente: La intención de agraviar a otro sujeto, no poseer ningún interés ante la existencia de muchas opciones para ejercitar el derecho, el daño debe estar más allá de los límites regulares del ejercicio de los derechos que sería aceptado por la sociedad, asimismo, la conducta del sujeto debe ser contraria a las buenas costumbres de la sociedad, ya sea, si la conducta de la persona cumple o no con lo razonable, si el comportamiento es contrario a la lealtad y a la confianza mutua que un sujeto tiene hacia otro dentro de una sociedad de derecho (Espinoza, 2005 p. 28).

En otros países como México, Cuba, Paraguay y Venezuela de forma progresiva regularon el abuso de derecho y de esa misma manera lo hizo nuestro país. Espinoza señala que la doctrina de nuestro país define al abuso de derecho a su manera y desarrolla elementos para que se configure correctamente, el cual, menciona lo siguiente: La situación subjetiva debe ser considerada, la existencia del incumplimiento de una obligación legal, la comisión de un acto ilícito de su propio género o especie, la existencia de una infracción de un interés patrimonial ajeno, el ejercicio anómalo del derecho, el daño visible, el tratamiento es de acuerdo a la teoría general del derecho. (Espinoza, 2005, pp. 28–29)

2.2.2.7.4. El abuso de derecho en la jurisprudencia del Perú.

En la jurisprudencia peruana el caso que dio los primeros comienzos del abuso de derecho fue en el año de 1963 y esto surgió cuando una pareja de casados, los cuales, contrajeron nupcias en el año de 1943, luego se separaron por medio de una separación de hecho en 1962 y en 1982, el esposo se había apropiado de un bien inmueble cuando aún tenía plena vigencia la sociedad de gananciales y sobre todo cuando esta persona estaba conviviendo con otra mujer desde el año 1963, entonces el abuso de derecho se presenta justo cuando el esposo desea disponer de aquel bien, por otra parte, su cónyuge aparece emitiendo una solicitud de que declare nulo todo el acto jurídico, específicamente del contrato. Por tanto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao dispuso que se declare inadmisibles las demandas de la esposa en aplicación del principio de abuso de derecho, en base a que no existía armonía social (Espinoza, 2005, pp. 29–30).

Por consiguiente, Espinoza (2005, pp. 29–30) establece que para configurar el abuso de derecho debe existir la concurrencia de los siguientes:

1. El derecho se debe encontrar establecido dentro del marco jurídico como tal.
2. Que el ejercicio de aquel derecho quebranta un interés de tercero.
3. Que cuando se cause tal perjuicio no se halle protegido por una específica prerrogativa legal.
4. Debe desvirtuarse los fines tanto económicos como sociales para los cuales el marco legal les ha otorgado en marco del principio de buena fe.

Las medidas que ayuden indemnizar los daños producidos son por apelación con efecto devolutivo.

2.2.2.8. Diferencias con Figuras Afines.

Dentro de este numeral el autor Fernández (2014, pp. 166-167) nos da a conocer, respecto a las diferencias que existe entre el abuso de derecho, el fraude y la ley y el abuso de poder de la siguiente manera:

A) Con el fraude a la ley: Es importante tener en cuenta que tal vez exista la sensación de que el abuso del derecho y el fraude a la ley sean figuras similares, sin embargo, se va a detallar que tienen diferencias sustanciales. Ahora bien, el abuso del derecho daña intereses privados mientras que el fraude a la ley al momento de desviar intencionalmente la aplicación de un ordenamiento jurídico puede lesionar principalmente el interés social o general, por ello, se considera que el abuso del derecho es denominado como el género y el fraude como la especie. Por otro lado, se menciona que en el ejercicio del abuso de derecho se ejerce un derecho subjetivo desviando de esa forma su finalidad y causando una lesión, mientras que, en el fraude a la ley se vulnera un derecho objetivo.

Entonces, se puede observar que en el abuso derecho existe un exceso por mal uso del derecho subjetivo y en el fraude existe un mal uso del derecho objetivo.

B) Con el abuso de poder: En primer lugar, se debe comprender que cuando el poder es ejercido de forma inadecuada es necesario controlar, pero teniendo en cuenta todas las acciones que separen de la finalidad de la

norma. Por otra parte, se entiende que el abuso de derecho tiene una función social, el cual, se encuentra en la manera de ejercer la prerrogativa personal, mientras que, el abuso de poder concierne a prerrogativas plasmadas por la ley. Por lo tanto, se infiere que la persona que ejerce un derecho está ejerciendo un poder, pero cuando se actúa con abuso existe una desviación de aquel poder.

a. El principio de igualdad

Los principios del derecho son aquellos pilares en los que todos los operadores de justicia fundamentan sus actuaciones y aplicación normativa, en otras palabras, los principios son aquellos determinantes que establecen que las normas se deben aplicar conforme a ellas, actúan de manera activa cuando las normas presentan vacíos, ambigüedades u otro que haga difícil su comprensión, y también actúa como limitante a la hora de actuar una norma.

Es así que tenemos al principio de igualdad, el cual se establece como un deber del Estado determinando la actuación de este último, ello quiere decir que este principio establece cuando el Estado debe de actuar o abstenerse en el trato igualitario que le otorga a las personas, para ello debemos comprender que es la igualdad, Nogueira (2006, p.801) nos dice que la igualdad es comprendida como aquel derecho natural que es inherente al ser humano desde su nacimiento, nos dice que la igualdad es el reconocer a todos los hombres por igual y reconocer sus derechos sin ningún tipo de discriminación.

Chappuis (1994, p. 16) nos dice que el termino de principio de igualdad es usada desde la antigüedad, es así que incluso el mismo Aristóteles hacía referencia al principio de igualdad cuando hablaba sobre que si bien es cierto que las personas somos distintos en cualidades y numéricamente, no se puede negar que existe una igualdad en su forma y naturaleza.

Fernández (c.p. García, 2008, p.110) que durante el siglo XVII y XIX se determinaba al principio de igualdad a la relación de igualdad que la ley debe brindar a las personas.

Incluso actualmente dentro del derecho internacional y nacional el principio de igualdad se encuentra regulada dentro de los más importantes tratados y normativas, es así que tenemos a la igualdad dentro de la Carta de las Naciones

Unidas, en la Convención Americana de Derechos Humanos quienes han conferido a sus Estados partes el deber de velar por el principio de igualdad de sus ciudadanos, es así que el Estado se encuentra obligado a cumplir con brindar un trato en igualdad de condiciones a todas las personas, ello quiere decir que la ley no puede brindar tratados diferenciadores que avalen la discriminación sin causa, esto último debido a que a la fecha se ha demostrado que existe un tipo de discriminación denominada como discriminación inversa en la cual el Estado le otorga un trato diferencial a cierto tipo de personas debió a sus condiciones físicas o mentales, donde se busca otorgarle una igualdad de condiciones que a los demás, pero como el brindarles el mismo trato no siempre es un solución, la discriminación a la inversa lo que busca es brindar un soporte más a las personas con discapacidad. (Huerta, 2005, 312)

b. El principio de equidad

El tema de la equidad tiene un alto grado de aporte a la justicia, es preciso tener presente que la justicia se encuentra estrechamente vinculada con la filosofía del derecho, es más la equidad ha sido estudiada desde la antigüedad incluso por el maestro Aristóteles, quien dentro de su libro V nos habla sobre la equidad como lo esencial para mantener la justicia a salvo, pues un tratamiento equitativo sobre el acto presupone la aplicación de la conciencia moral de las personas y su ética social, es más el autor señala que la equidad no es muy diferente a la justicia, e incluso a veces podemos señalar que la equidad tiene un vínculo estrecho con la misma. (González, 2000, pp. 15-19)

Además de ello González precisa que la equidad hablando desde su sentido más estricto es un derecho de las personas, pues muchas veces la norma suele fallar en ciertos concretos debido a la misma naturaleza de la norma o el hecho factico en que se aplica y no por negligencia del legislador. (González, 2000, pp. 15-19)

Es preciso señalar que a la actualidad la Real Academia Española le ha brindado a la denominación de equidad la definición de “Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva.”, ello en base a que el principio de equidad suele brindar cierta regulación limitante al positivismo de las normas. (González, 2000, pp. 15-19)

h.1. El principio de equidad y la contravención del principio de igualdad ante la ley

Hoy en día es clara la existencia de una discusión con respecto al concepto de la equidad y si el mismo reduce o contraviene al principio de igualdad, más si tenemos en cuenta que la actual medula de la justicia es la idea de la igualdad entre las personas, por ello a la actualidad la equidad opera como utopía, debía a que la misma parece inalcanzable, más porque la equidad se encuentra ligada al horizonte que busca la justicia, pero ello deviene en señalar que la justicia es contradictoria consigo mismo, pues por normas generales vemos que la misma busca tratar con igualdad a todas las personas sin ningún tipo de discriminación, pero al mismo tiempo vemos que la misma tratar de dar a las personas lo que es justo y necesario para evitar que exista un trato diferenciado o discriminatorio entre los justiciables. (Gonzales, 2000, p. 19)

Ross (c.p. González, 2000, p. 20) nos dice que la equidad concuerda con la idea de igualdad dentro de la justicia, pues no se busca determinar una igualdad en un sentido estricto, en otras palabras, la igualdad en el derecho no debe ser vista como que todos deben merecen lo mismo sin tener un criterio determinado con fundamentos válidos, debido a que la igualdad como tal no siempre responde al fin de la justicia, sino que su solo termino es entendida de manera absoluta, es por ello que nos dice que se debe tener presente las expresiones históricas que han tenido gran relevancia dentro de la aplicación de la igualdad y equidad otorgada a cada persona, señalando los siguientes: “a cada uno según su mérito” (Meritocracia); “a cada uno según su contribución” (Plutocracia); “a cada uno según sus necesidades” (Democracia); y “a cada uno según su rango o condición” (Aristocracia)” (Gonzales, 2000, p. 20)

Gonzáles (2000, p. 21) nos dice que entre las expresiones más relevantes tenemos “a cada uno según sus necesidades” el cual es el criterio ético por excelencia, ello quiere decir que al tener presente al principio de equidad a diferencia de la igualdad, se debe tener en cuenta ciertos criterios diferenciados entre los sujetos, los cuales pueden ser sus **ingresos económicos, las posibilidades**, entre otros, que ayuden a determinar qué es lo que cada persona necesita, si bien

esto no trato de favorecer a las personas que no se esfuerzan, es prescindible tener en cuenta dichos criterios a la hora de determinar la aplicación del principio de equidad a un hecho en concreto.

La equidad por si sola es comprendida como una ideología idealista sobre el horizonte o fin que tiene la justicia, pero si comprendemos al principio de equidad asociado al principio de igualdad, vemos que la misma debe ser asociada y entendida como aquel que busca compensar las necesidades básicas que existen entre las personas, porque en toda sociedad las personas somos iguales en naturaleza pero no iguales en cualidades, uno puede tener diferentes o mejores cualidades que otro, por ello la equidad busca tener en cuenta ello antes de realizar cualquier acto. (González, 2000, p. 21)

2.2.2.9. En el derecho comparado.

2.2.2.9.1. Alemania.

En el Código Civil de Alemania emitido el año de 1896 menciona el concepto del abuso de derecho en el artículo 226° señalando lo siguiente: Que, cuándo el ejercicio del derecho conduce a perjudicar a otro sujeto es un comportamiento no permitido porque la intención de la persona que lesiona a otro resulta ser un criterio subjetivo, por ello, se complementó con el ordenamiento jurídico del art. 27° y 28° del Landrecht Prusiano, el cual, realizan que los ejercicios del derecho deben ser de acuerdo a su naturaleza sin necesidad de abusar de su propiedad para lesionar el derecho de otro sujeto, asimismo, todo ello está en conformidad con lo que establece el art. 26° donde exponen una medida que soluciona de cierta forma el daño ocasionado por el agresor del derecho, como el de indemnizar el daño si en caso fue ejercido fuera de los límites o el ejercicio regular contando con la malicia de la persona; caso contrario no es necesario reparar tal situación (Cuentas, 1997, p. 476).

Por consiguiente, para el año de 1900 limitan de manera específica el abuso de derecho en el art. 226° señalando como base configurativa el criterio subjetivo considerando que la configuración del abuso de derecho se aplica cuando la persona tiene la intención de actuar de mala fe dañando a otra persona, y este punto también lo comparte el autor Martín Bernal (Angulo, 2006, p. 15).

Dicho de otra forma, el Código Civil de Alemania prescribe una reparación obligatoria condicionada a los efectos de un comportamiento fuera del ejercicio regular del derecho, el cual, va en oposición de las buenas costumbres de la sociedad (Angulo, 2006, p. 16).

Ahora bien, la doctrina en relación al abuso de derecho se encuentra establecido en el art. 226°, el cual menciona que es solo una aparente regulación, donde el criterio subjetivo necesita de un nivel probatorio muy difícil de demostrar para encontrar la intención maliciosa de una persona al ejercitar su derecho (Durán, 2012, p.23).

2.2.2.9.2. *Suiza.*

Por otra parte, en el país suizo en su Código Federal de 1907 dentro de su artículo 644° se aplica un criterio subjetivo como único requisito para que se configure el abuso de derecho, de tal forma, llegando a incorporarse en el art. II de manera clara y expresa la exigencia de que las personas deben ejercer sus derechos de manera adecuada, caso contrario va ser evidente de que existe abuso de un derecho, en tal línea argumentativa el autor Rossel citado por Cuentas (1997, p. 478) menciona al respecto que la intención maliciosa son contrarias a la buena fe, la víctima deberá de demostrar aquel ejercicio practicado por otra persona que le está generando agravio, por tanto, cada persona debe actuar en el marco de la buena fe y la moral al momento de ejercitar su derecho o el acatamiento de una obligación

Por otro lado, en el Código Civil del año de 1907 en su Título Preliminar del artículo II se establece que la limitación del abuso del derecho esta propiamente encaminado a la aplicación de la buena fe, ello implica que la persona que es titular de su propio derecho lo maneje de manera razonable. Asimismo, en la aplicación de casos reales el juez mediante un razonamiento sencillo va identificar si existió abuso de derecho de manera manifiesta (Angulo, 2006, p.16).

2.2.2.9.3. *España.*

El Código Civil de 1899 aun no regulaba una disposición general sobre el abuso del derecho, pero gracias al transcurso del tiempo evolucionó el marco legal pasando por una primera etapa, el cual, rechazaba al abuso de derecho porque la aplicación del Código Civil era estricta en base a los principios romanos donde un sujeto al ejercer su derecho no dañará a nadie; en cambio, en la segunda etapa

aparece un ordenamiento tácito del abuso de derecho, al delimitar la aplicación del derecho. Asimismo, en la tercera etapa ya empieza la regulación expresa y reconocimiento del abuso de derecho, aprobando los fundamentos que los contienen, también, en la cuarta etapa se desarrollan los principios que implican el abuso de derecho; por último, la quinta etapa es la propia aplicación y desarrollo fundamental de la jurisprudencia ante la vigencia del texto que salió con el discurso. Por otra parte, Ogayar, alude que el abuso de derecho es una institución que sostiene en primera línea la igualdad entre todos e incluso en el ejercicio del derecho que corresponde a cada persona, pero sin lastimar a los demás (Angulo, 2006, p. 17).

Ahora bien, el Código Civil de 1974 tiene regulaciones más concretas como el artículo 7° donde señala que los derechos ejercitados por el titular tienen que ser de acuerdo al alcance de la buena fe, ello porque la ley solo protege el ejercicio regular del derecho y no los abusos antisociales y si las personas que cometan esos ejercicios abusivos llegaran a pagar una indemnización o también los magistrados dispondrán medidas judiciales o administrativas; por ello, el autor precisa que, estos aspectos señalados le recuerdan al criterio objetivo de la Teoría que mencionaba Salcilles porque éste autor miraba al abuso de derecho como un ejercicio fuera de lo normal que no cumplía con la finalidad económico – social (Cuentas, 1997, p. 479).

2.2.2.9.4. Portugal.

En el país de Portugal el abuso de derecho se encuentra establecido en el Código de Portugal de 1967 en su artículo. 334° el abuso del derecho, el cual, señala que este país no reconoce todo el ejercicio de un derecho que sobrepase la buena fe, el fin económico y las buenas costumbres agraviando a las personas, respecto a ello, Sessarego nos precisa que este código adopta un criterio objetivo porque para hablar del abuso de derecho menciona que es todo ejercicio del derecho que infringe o va en contra de la finalidad económica y social, considerando lo moral, alcanzando a ser el primer código en regular expresamente la ilegitimidad de una acción abusivo de derecho (Angulo, 2006, p.19).

2.2.2.9.5. Argentina.

Dentro de este numeral se va a mencionar que el Código Civil argentino no regulo de manera expresa el abuso de derecho, pero sí de manera tácita en su

artículo 1071° , el cual, prescribe sobre los hechos ilícitos para que las personas que ejercitan un derecho propio o una obligación legal no logren justificarse cuando tal conducta lesione el derecho de terceras personas o resultaba ser un acto ilícito, por ello, el Código de Vélez ya había plasmado lo mismo, tomando como base el artículo. 1071° y estudios como el de Bibiloni que fundamentaban en que se debía de consentir la teoría del abuso del derecho. Ahora bien, entre los años de 1927 y 1937 se consideró la regulación de abuso de derecho, en concordancia a la jurisprudencia (Hess, Emiliozzi y Zarate, 2010, pp. 06-07).

Asimismo, el artículo 1071° ya señalado líneas arriba también establece que el *conditio sine qua nom* va en contra de los fines del derecho en el lado económico y social, además de contraviene la buena fe, las buenas costumbres y la moral (Angulo, 2006, pp. 21-22).

2.2.2.9.6. Venezuela.

Por consiguiente, el Código Civil de Venezuela del año de 1942 establece en su artículo 85° en el segundo párrafo que la reparación que van a percibir las víctimas de agravio es cuando exista el ejercicio abusivo de un derecho por otra persona, el cual, supere el límite de la buena fe y el fin por la cual se emitió (Cuentas, 1997, pp. 448 – 449).

Después, en el año de 1982 se promulgo el Código Civil que fue prescrito en 1942, donde agregaron una sección denominada los hechos ilícitos, el cual, dentro de su artículo 1185° inciso 2, señala que tanto la impudencia o la intención causan un daño a un tercero y esto supera la buena fe junto a otros límites prescritos por ley, por ello, queda configurado que el abuso de derecho debe de ser reparado (Angulo, 2006, p.23).

2.2.2.9.7. Brasil.

El Código Civil brasileño de 1916 prescribe el abuso del derecho en su artículo 160° de manera superficial porque considera únicamente a los actos contrarios a la finalidad económica o social y a las exigencias éticas como abuso del derecho, pese de que en el exterior se observe como un ejercicio regular del derecho (Cuentas, 1997, p. 449).

De tal forma, en el artículo 187° del mismo código establece sobre los actos ilícitos señalando que una vez cometidos por una persona que ejercita su derecho

extralimitándose de los límites de lo socio-económico, las buenas costumbres y la fe, no se necesita para tal configuración el criterio subjetivo porque solo se aplica los criterios objetivos (Angulo, 2006, p. 24).

2.3. Marco conceptual

En el presente se desarrolla el aspecto conceptual de las palabras claves para comprender mejor el sentido del trabajo, además de ello precisar que dentro del presente se está definiendo las palabras que tienen relación con las variables que son objeto de investigación, a fin de dar una mejor comprensión del presente y evitar una equivocada interpretación de las mismas, habiendo precisado ello, se pasará a conceptualizar las mismas:

- **Copropiedad:** Es aquel derecho que ostentan dos o más personas sobre un bien ya sea este mueble o inmueble, el cual se entiende que es de pertenencia de todos los copropietarios en forma subjetiva, eso quiere decir que a todos les corresponderá parte del bien por alícuotas. (Azañero, 2018, p. 198)
- **Cuotas ideales:** Es entendida como aquella parte ideal o subjetiva, en la que se encuentra dividida la copropiedad de un bien, derecho u otro, entonces podemos decir que es la parte la parte, proporción o participación que le pertenece a cada copropietario. (Gonzales, 2012, p. 591)
- **Partición:** Es aquel acto que realizan las personas legitimadas sobre un bien mueble o inmueble, derecho u otro; con el fin de separar o dividir la cosa común. (Azañero, 2018, p. 432)
- **Bien inmueble:** Son todos aquellos bienes que no podrán ser trasladados como son las parcelas, casas, edificios, entre otros; los mismos se encuentran ligados al suelo. (Azañero, 2018, p. 101)
- **Convenio:** Se denomina a los acuerdos de voluntades que existen entre dos o más personas, grupos, instituciones, entre otros; siempre y cuando exista aceptación por todas las partes intervinientes, las cuales acuerdan con el fin de lograr sus objetivos. (Azañero, 2018, p. 195)
- **Azar:** O también denominado Alea dentro del ámbito jurídico, es entendida como aquella palabra proveniente de origen latino que expresa a la suerte o fortuna, o que se da de manera aleatoria. (Cabanellas, 2008, p. 21)

- **Socialista:** “El socialismo es una doctrina política, social y económica basada en la gestión de los medios de producción y la distribución de bienes por parte del Estado”. (Cabanellas, 1979, p. 300)
- **Restricción:** “Limitación. Disminución de facultades o derechos. Escasez o rebaja en la provisión de ciertos productos o alimentos. Consumo reducido que por necesidad o previsión se establece en épocas de guerra y otras anormales de índole económica”. (Cabanellas, 1979, p. 354)
- **Circunscribe:** “Reducir a ciertos límites o términos algo”. (Cabanellas, 1979, p. 114)
- **Fisiológico:** “Relacionado con las funciones del cuerpo. Cuando se utiliza en la frase "edad fisiológica", se refiere a una edad determinada por el estado general de salud en contraposición con la edad según el calendario”. (Cabanellas, 1979, p. 248)
- **Ilícito:** “Conducta que viola deberes prescritos en una norma jurídica. Resulta más propio hablar de conducta ilícita, pues ésta comprende la forma positiva (acción) y la negativa (omisión)”. Contrario a lo dispuesto en la ley o no conforme con ella. (Cabanellas, 1979, p. 253)
- **Controversia:** “Discusión larga y reiterada”. (Cabanellas, 1979, p. 128)
- **Buena fe:** “Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder. Creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferir el dominio”. (Cabanellas, 1979, p. 98)
- **Buenas costumbres:** “Conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la moral”. (Cabanellas, 1979, p. 99)
- **Conditio sine qua non:** causalidad, teoría de la condición sine qua non o teoría de la conditio sine qua non (Cabanellas, 1979, p. 119)

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

Los trabajos de investigación con enfoque cualitativo “(...) se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir y luego generara perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general (...)” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 18), donde “La realidad es subjetiva, [y] se fundamenta en la apreciación y la interpretación del investigador” (Ñaupas, Mejía, Novoa & Villagómez, 2014, p. 352); en otras palabras, las investigaciones que sigan el enfoque cualitativo, se rigen en base a plantearse una realidad ideal, donde el interprete o investigador deberá interpretar y analizar en base a una lógica inductiva, otorgándole mayor énfasis a el análisis profundo y reflexivo del problema encontrado en la realidad subjetiva.

Definido ello precisamos que la presente investigación va a seguir el enfoque cualitativo, ello porque el propósito de la misma es hacer un estudio de datos indirectos no tangibles como son las dos variables o también denominadas como categorías jurídicas, mismas tiene calidad de ideales jurídicos, por ello en el presente trabajo versa sobre el acto de análisis y cuestionamiento de dispositivos normativos, con la finalidad de demostrar la relación que existe entre el artículo 986 del Código Civil de 1984 con el ejercicio abusivo del derecho.

Witker y Larios (1997, p. 193) nos dicen que las investigaciones con enfoque cualitativo pueden seguir el tipo teórico jurídico, que es aquella investigación en donde los investigadores se centran en estudiar la problemática de manera dogmática, teórica y formal, donde solo se toma en cuenta los elementos objetivos y claros, sin dar pasa a la subjetividad que desvirtuó la cientificidad de la investigación.

Precisado ello, señalamos que la presente investigación sigue el enfoque cualitativo de tipo teórico jurídico, debido a que como se señaló la presente investigación tiene una naturaleza puramente teórica que se sustenta en la dogmática recabada de las leyes, normas, libros, jurisprudencia, y otros.

Con respecto a la postura epistemológica, tenemos a Vivanco (2022, pp. 36-41) quien nos señala que la postura epistemológica de la escuela iuspositivista se centra en el desarrollo de una investigación del derecho como una expresión

positivizada dentro del conjunto de normas dictadas por el legislador, siendo así que este escuela establece que la investigación debe de contar con: **(a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio**, con el fin de tener presente que va a estudiar, como y con qué fin o propósito. (2017, pp. 36-41)

Donde (a) viene a ser “[el] análisis de los cuerpos legales vigentes”, (b) es el uso de la hermenéutica jurídica tales como la interpretación exegética, sistemática-lógica, teleológica, etc., respecto al objeto de estudio, y (c) el cual viene a ser el propósito de la escuela jurídica iuspositivista, la cual es mejorar el ordenamiento jurídico a casusa de vacíos o insuficiencia normativa mediante la incorporación de textos legales, o sino, también la de proponer la derogación por inconstitucional, en su modalidad de contradicción o incongruencia (Vivanco 2022, p. 41).

Entonces, justificando lo dicho anteriormente, en el presente trabajo de investigación “(a)” viene a ser el artículo 986 del Código Civil de 1984, “(b) el uso de la interpretación exegética y sistemática lógica, con el fin “(c)” mejorar los vacíos normativos que tiene el artículo 986 del C.C.

3.2. Metodología

Las metodologías paradigmáticas se dividen en investigaciones empíricas y teóricas, del cual, tras ya haber justificado porque fue **teórica** se utilizó la modalidad de metodología paradigmática de la investigación **teórica jurídica** [según Witker] con una **tipología de corte propositivo**.

De hecho, como ya se ha fundamentado porque es una investigación teórica jurídica líneas más arriba, lo que restaría es justificar porque está dentro de una **tipología propositiva jurídica**, la cual no viene a ser otra cosa que la que: “(...) analizar la ausencia de una norma o se **cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva**. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (Aranzamendi, 2010, p. 163) [el resaltado es nuestro]; siendo que **para nuestro caso estamos cuestionando una norma**, pero desde un punto de vista o postura epistemológica iuspositivista.

Tras lo mencionado, **la relación** entre el paradigma metodológico teórico jurídico con tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iuspositivista

es **compatible y viable**, ya que en ambos sistemas tratan de cuestionar y valorar una norma, que en éste caso viene a ser **el artículo 986** del Código Civil de 1984, la cual es cuestionada por su valor intrínseco, pues al estar en miras de un Estado Constitucional de Derecho podemos **anticipar que el artículo en cuestión, en la actualidad resulta insuficiente**, no dando soluciones en base a la equidad, sino a la igualdad, conceptos que tienen propósitos distintos.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria metodológica.

Hernández Fernández y Baptista (2014, p. 18) la trayectoria metodológica es parte del diseño metodológico, el cual es aquel plan o estrategia que se va a usar para el desarrollo del trabajo, y consecuentemente resolver la problemática.

Liu y Tucker (c.p. Hernández Fernández y Baptista, 2014, p. 154) nos dicen que las investigaciones con el diseño no experimental de tipo transeccional tienen la característica de recolectar la información en un solo momento, y su fin es la descripción de la información recabada de las variables y dimensiones en un solo momento, además es de precisar que el término de no experimental deviene en el hecho de que el objeto que es materia de investigación no será sujeto de manipulación externa por parte.

Teniendo ello claro, señalamos que la presente investigación tiene que seguir el diseño no experimental de tipo transeccional, ello debido a que la naturaleza de la presente radica en ser una investigación teórica, netamente dogmática.

Respecto a la trayectoria metodológica es entendida como aquella trayectoria que se inicia desde que se aplica la metodología al proyecto hasta su explicación de manera sistemática de los datos, en otras palabras, es la explicación del contenido metodológico que va a seguir el trabajo de investigación.

Habiendo aclarado ello y por la naturaleza de la investigación precisamos que la interpretación que se usó fue el de la exegética, que es aquella interpretación o explicación en este caso de lo que el legislador le ha otorgado a la norma analizada, como es en este caso el artículo 986 del Código Civil peruano, así como un análisis sistemático-lógico y doctrinario de su relación con el ejercicio abusivo del derecho.

Al usarse la técnica de análisis la observación sistemática documental, es preciso que el mismo consta del instrumento de recolección de datos denominado ficha, las cuales pueden ser de resumen, textuales, conceptuales, entre otras, que ayudaron al investigador a realizar la recolección de información relevante con respecto a las variables o categorías jurídicas que son objeto de investigación,

3.3.2. Escenario de estudio.

La presente investigación al tener un enfoque cualitativo teórico, ha tenido como escenario de estudio al **ordenamiento jurídico peruano** específicamente al artículo 986 del Código Civil peruano que regula la partición convencional en sus dos formas que son por convenio entre las partes o por sorteo.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

Los sujetos o fenómenos de estudio es el artículo 986 del Código Civil peruano que regula la partición convencional en sus dos formas que son la partición por convenio y la partición por sorteo en uso del principio de igualdad de alícuotas que ostentan los copropietarios de un bien de manera abusiva.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

Ñaupas, Mejía, Novoa & Villagómez nos dice que las técnicas e instrumentos de investigación se refiere a los procedimiento y herramientas mediante las cuales se va a recolectar los datos e información necesaria para probar y/o contrastar nuestras hipótesis. (2014, p. 201)

En el presente trabajo se ha utilizado lo que es la técnica de la observación documental o en otras palabras la investigación mediante la lectura de diversos textos y documentos, la cual esta cimentada en la recolección activa de conocimientos cognoscitivos, y el análisis documental. (Ñaupas, Mejía, Novoa & Villagómez, 2014, p. 207)

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Los instrumentos de recolección de datos que se utilizaron en el presente trabajo constaran de fichas (textuales, valorativas, de resumen), siendo que, de ellas se podrá desarrollar un marco teórico con fundamentos sólidos que se adecuen a las necesidades del trabajo, a todo ello se le fara un enfoque e interpretación

argumentativa en base a la realidad y a los textos. (Ñaupas, Mejía, Novoa & Villagómez, 2014, p. 207)

3.3.5. Tratamiento de la información

Si bien es cierto precisar que el tratamiento que siguió la información recolectada mediante el uso de fichas textuales o resumen, bibliográficas, fue mediante el uso del análisis particular y formalizado de cada fuente de información empleada, los cuales después pasaron a ser agrupados para generar una reducción de la subjetividad con la que se comprenden los textos recabados. (Rodríguez, Gil & García, 1999, p. 308). Adjuntamos el esquema del instrumento de recolección que se utilizó:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....

”

La técnica del fichaje sirve como una técnica o instrumento de para recabar datos con relevancia, que sirvieron a fin de resolver la problemática planteada, dicha consignación de información debe ser significativa y con alta relevancia.

Estas fueron escritas en diversas fichas, los datos que contienen son de fuentes bibliográficas físicas o virtuales, debe precisarse que esta técnica es de gran utilidad durante el desarrollo de la investigación.

Así también es preciso señalar que al encontrarse como una información documental estas deben ser seguidas mediante premisas y conclusiones, mediante el uso de la argumentación jurídica, por ello podemos decir que las mismas deben ser (a) coherentemente lógicas, (b) razonables, (c) idóneas, y (d) claras, para que así puede plantearse una conclusión factible y entendible. (Aranzamendi, 2010, p. 112).

En base a ello es que el presente trabajo sigue la estructura de señalada en el párrafo anterior, donde la recolección de datos e información se encuentran conectados a través de los principios lógicos de la argumentación.

3.3.6. Rigor científico

Como nos señalan Casadevall y Fang citado por Vasconcelos, Menezes, Ribeiro y Heitman (2021, p. 5) “el rigor científico se basa en la solidez, y fuerza que presenta el trabajo de investigación al darle un sentido de información confiable”, por ello, el presente trabajo centra su rigor científico en la científicidad del paradigma metodológico desarrollado, siendo que el norte a seguir en el trabajo se basa en el uso del método iuspositivista, que como nos determina Guamán, Hernández y Lloay (2020, s/p):

El positivismo jurídico aplica la pureza del método para delimitar el campo normativo del Derecho, eliminando los elementos extraños: sociológicos, históricos, psicológicos, políticos, ampara la teoría de la exclusividad del derecho positivo, es monista o unidimensional.

A ello, y a lo señalado dentro de la metodología paradigmática señalamos que para hacer un control y dar esa solidez al presente trabajo se ha utilizado la epistemología jurídica del iuspositivismo, la misma que nos establece aplicar en el método científico y metodológico con el fin de determinar el campo normativo del Derecho y no darle relevancia a aquellos elementos que se encuentran fuera como valoraciones axiológica, sociológicas, amparando solo a la exclusividad del derecho como norma positiva, por ello se ha seguido dicha postura, analizando de esa forma al artículo 986 del Código Civil peruano desde su esencia como norma jurídica y su relación con el ejercicio abusivo del derecho.

3.3.7. Consideraciones éticas

Como la presente es una investigación de corte cualitativa teórica, no hay necesidad de salvaguardar la dignidad, integrar u honor de algún entrevistado o encuestado, al no verse utilizado técnicas de recolección que afecten de alguna manera lo señalado, además de ello precisamos que durante todo el desarrollo del trabajo se ha mantenido una postura netamente objetiva, sin la influencia moralista de la sociedad, la presente centra su científicidad en la postura iuspositivista.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.

En el presente acápite desarrollaremos el análisis descriptivo del objetivo uno del presente trabajo el cual fue ha sido: “Identificar cómo puede ser manipulado la partición por convenio del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho”, y sus resultados fueron:

Primero. – Para poder analizar los resultados obtenidos con respecto a la subcategoría de la partición por convenio unánime, debemos determinar sus generales de ley, por ello primero se analizó cuando se requiere de la figura jurídica de la partición.

Para la existencia del derecho de partición primero se requiere de la existencia de una copropiedad o comunidad de titulares que ostenten un derecho real sobre un bien compartido entre ellos, sin estos presupuestos no habría necesidad de solicitar la realización de una partición, muchos menos una de las particiones convencionales reguladas dentro del artículo 986 del Código Civil.

La postura de Arata (2020, p. 439) con respecto a la copropiedad nos dice que aquella no es más que otra forma de comunidad conformada por un grupo de personas que ostentan el derecho de propiedad de un mismo bien, donde se le atribuirá a cada integrante la titularidad en base a alícuotas.

Del mismo modo el Código Civil peruano, dentro de su artículo 969 nos dice “Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”, misma comprensión que le otorga Palacios al señalarnos que “La copropiedad es un derecho real en el que el derecho de propiedad corresponde a varias personas sobre un bien que no se encuentra dividido” (2005, p. 74), entonces se enciente que para que exista copropiedad se requiere que exista una pluralidad de titulares que ostente un mismo derecho real sobre un mismo bien, precisando también que además de requerir la presencia de varios titulares para su conformación, se establecerá que dicho derecho se dividirá en base a cuotas ideales.

En otras palabras, lo que Palacios nos señala es que si la proporción correspondiente a cada copropietario se divide por cuotas ideales, como es que se determina el porcentaje que estos deben considerar, sea esta ya por el valor

económico monetario que hayan aportado a la hora de adquirir este derecho común, o ¿Qué pasa en los casos en los que la copropiedad se genera por mortis causa?, nuestra recolección de información nos ha demostrado que durante estos casos normalmente se aplica el artículo 970 del Código Civil peruano, que señala que se deberá hacer una presunción de igualdad de las cuotas ideales que le corresponden a cada copropietario, misma presunción que se deberá de tomar en consideración a la hora de realizar la división y partición del bien o bienes comunes.

Segundo. – La copropiedad no solo nace por la voluntad y facultad de los copropietarios, esta también puede nacer de la extinción de una persona denominada como causante, que tras su muerte trae consigo la tramitación de la apertura de un testamento o el inicio de una sucesión intestada, la cual será tramitada por quien o quienes ostenten un legítimo interés que son a quien normalmente se le denomina como heredero, la cual tiene como fin el transmitir una comunidad universal de bienes, derecho y obligaciones del causante formándose de esa manera una nueva copropiedad entre sus herederos, la cual está compuesta no solo por los derechos y activos que el causante dejó, sino también por aquellas obligaciones y deudas que el causante hubiera tenido en vida. (Arata, 2020, pp. 569-570)

En esos casos la copropiedad se iniciará a la muerte del causante y fenecerá al realizar el acto de partición y división de los bienes por la voluntad de cualquiera de ellos o por acuerdo de voluntades entre ellos; salvo en aquellos casos en los que existiera un régimen de indivisión establecido con anterioridad.

Tercero. – El régimen de indivisión es aquella situación en la que se establece un estado indiviso de la cosa común en la que no podrá solicitarse la partición y división de manera extrajudicial o judicialmente por cualquiera de los copropietarios, aunque el artículo 854 del Código civil nos establece que este estado de indivisión podrá influir no solo a toda la cosa común, sino que también podrá sobre establecerse dicho régimen sobre un determinado bien. (Arata, 2020, p.580)

Tuesta (2020, p. 551) también firma que este régimen mayormente se establece durante la etapa del fallecimiento del causante que no ha establecido dentro de su testamento la forma de partición y a quien se le deberá de adjudicar

sus bienes después de su fallecimiento, estableciéndose más de esa forma como un estado de indivisión que un régimen como tal.

Además, agrega que la indivisión se origina por diversas causas, como las siguientes:

1. **Por voluntad del testador.** – El testador tiene la facultad de aplazar el acto de partición y división de sus bienes después de su muerte hasta por un plazo de cuatro años, esto en concordancia con el artículo 846 del Código Civil peruano.
2. **Por voluntad de los sucesores.** – Los nuevos copropietarios también tienen la facultad por acto propio de pacto el determinar la calidad de indivisible de la cosa común, y retrasar de esa forma realizar el acto de división y partición de la cosa común, todo esto en principio de la autonomía de voluntad de las partes.
3. **Por voluntad de la ley.** – Así como el testador y los coherederos pueden determinar la existencia de un estado de indivisión, la ley puede prohibir realizar la partición de la masa común cuando: se dé el supuesto del artículo 125 del Código Civil, exista un procedimiento concursal en curso, o se ha determinado como coheredero a un no nacido.
4. **Por mandato judicial.** – Se da por orden de un juez, en los casos de que exista un perjuicio notable del patrimonio o a fin de asegurar los pagos de deudas o legados del causante, el plazo máximo es de un año.

Por último, Tuesta señala que dicho régimen no es eterno y que, al culminar la etapa de indivisión, no existirá ninguna otra causal que impida extinguir la copropiedad y realizarse el acto de división y partición de la cosa común.

Con respecto a la extinción de la copropiedad, el Código Civil regula diversas formas de extinguirlas, aparte de la partición y división de bienes; dichas formas las encontramos reguladas dentro del artículo 992 del Código Civil peruano, las cuales pasamos a describir:

1. **Reunión de todas las cuotas ideales en un solo copropietario.** – Donde solo se le adjudica a uno de los copropietarios todo el derecho de propiedad sobre toda la masa común hereditaria, ya sea previo pago por compensación a los

demás herederos, por muerte, o en caso de realizarse remate público o ejercitando el derecho de retracto. (Arata, 2020, pp.621 – 622)

2. Destrucción total o pérdida del bien. – Cuando el bien perteneciente a la masa común esta destruido o es inutilizable por cualquiera de los comuneros, más que nada se basa en el daño material que el bien tiene. (Arata, 2020, pp.621 – 622)
3. Enajenación del bien a un tercero. – Este caso, se dará ya sea por voluntad o involuntariedad de los copropietarios, otro punto a precisar es que aquí la copropiedad solo se extinguirá cuando se venda toda la masa común a un solo tercero, si se vendiera a una sociedad conyugal u otra comunidad tan solo se estaría dando un traspaso o cambio de titulares de la copropiedad. (Arata, 2020, pp.621 – 622)
4. Pérdida del derecho de propiedad por parte de los copropietarios. – En este último caso puede ser que el bien común ha sido prescrito por una tercera persona, haciendo imposible que los copropietarios puedan hacer uso o solicitar la división y partición de dicho inmueble. (Arata, 2020, pp.621 – 622)

Cuarto. – Respecto a la **partición** como causal de la copropiedad, misma que es considerada como un derecho nato que tiene cualquier copropietario al que le corresponda una porción o parte de un bien común; actualmente se encuentra regulada dentro de los artículos 983 al 991 del Código Civil peruano, donde se establece que esta podrá ser solicitada por cualquiera de los copropietarios o acreedor, ello porque “(...) ningún copropietario está obligado a permanecer en un régimen de copropiedad.” (Morillo, 2018, pp. 139-152).

Con respecto a la naturaleza jurídica de la partición Figueroa (2003, pp. 04-05) señala que se han presentado diversas teorías que buscan definir cuál es la naturaleza jurídica de la partición, pero dentro de ellas las que han resaltado más son la teoría declarativa y la teoría traslativa.

Arata (2020, p. 574) nos dice que la teoría traslativa o también denominada como constitutiva, señala que la partición de bienes continúa siguiendo los lineamientos dejados por el derecho romano, la cual se basa en la *communi dividundo* (división de condominio) o *familia erciscundae* (división de la herencia),

donde los comuneros hacen el traspaso del derecho de propiedad siempre que tenga la facultad sobre ella, en otras palabras esta teoría la cual nos señalaba que la partición no solo es un mero acto declaratorio, sino que esta pasa a eliminar una comunidad compuesta por varios titulares sobre un mismo bien, los cuales tienen y ostentan derechos en base a alícuotas de toda la masa común y no solo sobre su porcentaje, ello porque la alícuota no divide el bien común de manera objetiva, sino de manera ideal; por lo que, se comprende que cada uno de los copropietarios ostenta derechos sobre toda el bien común objetivo, y que después del acto de partición; estos renunciaran a los derechos que ostentaban sobre aquella parte objetiva del bien que no se le vaya adjudicar, pero así mismo, también ostentar el derecho exclusivo de propiedad sobre el bien que se le adjudique.

Respecto a la teoría declarativa Arata (2020, p. 575) nos dice que la partición solo es un acto declarativo en base de que no se traspasa ningún derecho que el copropietario no hubiera ostentado con anterioridad, en otras palabras, que como al ser la partición un acto de mera declaración de reconocimiento de los derechos que siempre ha tenido el copropietario no se está otorgando nada más, teniendo claras diferencias con la primera teoría citada, en esta última solo se señala que la partición al ser un acto declarativo solo se reconoce un derecho que ya le pertenecía al propietario del bien.

Actualmente el Código Civil de 1984 le ha otorgado la facultad de pedir la división y partición de una cosa común a cualquiera de los copropietarios o al tercero acreedor que tenga derecho sobre alguna obligación o legado del bien común, dicha facultad que podrá ser ejercido dentro de la vía judicial

Quinto. – Dentro del actualmente Código Civil peruano podemos ver que el legislador les ha otorgado a los copropietarios la facultad de realizar la división y partición extrajudicial, siempre y cuando todos los copropietarios tengan capacidad para ejercer dichos actos civiles, además de expresar su manifestación de voluntad de manera unánime, la simple oposición por cualquiera de ellas hará que el convenio devenga en imposible y se tenga que acceder a vía judicial para realizar el acto de partición.

Así mismo, dentro del artículo 853 del Código Civil peruano el legislador le ha conferido al notario jurisdicción para realizar mediante escritura pública la

partición y división convencional por convenio unánime de las partes, siempre que los bienes muebles o inmuebles que serán materia de división se encuentren inscritos en registros públicos.

Sexto. – El Código Civil actual le ha conferido a la **partición convencional** la calidad de negocio jurídico, siendo de carácter dispositivo a la partición convencional mediante acuerdo, donde cada copropietario busca satisfacer sus necesidades económicas durante la realización del acto de partición y división mediante el convenio. (Arata, 2020, p. 592)

Así mismo, le otorgado las siguientes características:

1. Es **imperativo**, al tenerse como una orden jurídica que debe realizarse dentro de un plazo requerido, salvo que exista limitaciones como el régimen de indivisión del bien inmueble, pero pese a ello debemos tener en cuenta que los regímenes de indivisión también tienen un plazo máximo, así mismo, también se le ha otorgado esta característica por el hecho de que una vez iniciada el proceso de división y partición por común acuerdo o por pedido de un comunero, este no podrá detenerse.
2. Tiene un **carácter real**, al versar sobre actos que generen transformaciones del derecho real de copropiedad al derecho de propiedad.
3. Es **personal**, porque nace del deseo personal de las personas de querer dividir la cosa común.
4. Es **imprescriptible**, la cual determina que la acción de partición podrá ser solicitado en cualquier momento y que nunca va a prescribir el plazo para poder ejercerla.

Séptima. – La partición convencional, tanto la que se realiza mediante el convenio unánime de las partes como el que se realiza mediante sorteo afectara no solo (a) al inmueble en sí, sino también afectara a (b) los copropietarios y a (c) terceras personas. (Arata, 2020, p. 577)

Afectará (a) **al inmueble** respecto a si han existido gravámenes antes de la partición, estas se mantendrán de manera individual, salvo el caso en que solo uno de los copropietarios hubiera adquirido dicho gravamen sobre su parte alícuota, si ese fuera el caso el gravamen solo se mantendrá sobre la parte del bien o bienes que se le adjudiquen. (Arata, 2020, p. 577)

La afectación de (b) **los copropietarios** es la transformación de su derecho real compartido a pasar a ser de exclusividad propia, solo sobre aquella parte del bien objetivo que se entregó siguiendo la proporcionalidad de la parte alícuota que le correspondía antes de su partición material, así mismo, tendrá una afectación supuestamente negativa, en tanto, que perderá todos los derechos que ostentaba sobre aquellos bienes que no se le adjudiquen. (Arata, 2020, p. 577)

Respecto a (c) **los terceros** solo se verán afectados en caso sea el acreedor de alguna obligación o gravamen sobre el bien que es masa común de la copropiedad y una vez realizada la partición este podrá solicitar se le adjudique parte del bien para compensar lo adeudado, cuando exista una garantía real o embargo sobre el bien común, siendo que la partición no afectara su derecho. (Arata, 2020, p. 577)

Octava. – La partición convencional por convenio unánime es comprendida como una de las formas de partición, la cual se encuentra regulada dentro del primer párrafo del artículo 986 del Código Civil de 1984 “Los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime.”, que como nos señala Arata este supuesto de partición que otorga un poder facultativo a los copropietarios para hacer uso del principio de la autonomía, donde con el fin de establecer sus intereses otorgaran su manifestación de voluntad común de querer realizar la división y partición en base a las propuestas que los mismos copropietarios mencionara. (2020, p. 591)

Los presupuestos que esta partición requiere para su aplicación, es la existencia de la manifestación de voluntad unánime de todos los copropietarios de realizar la división y partición en base a la propuesta que ha sido elegida entre todas las propuestas otorgadas por los mismos copropietarios, así mismo, se establecido que esta forma de partición podrá ser realizada judicial o extrajudicialmente:

1. Por **vía judicial.** – Dentro del artículo 857 de Código Civil peruano se ha establecido que tan solo se requerirá que cualquiera de los copropietarios acceda mediante el uso de su derecho a la tutela jurisdiccional de derechos, requiriendo la división y partición de la masa común hereditaria, donde en este supuesto el juez durante audiencia consultará a todos los copropietarios por sus propuestas de partición y si existe convenio entre ella el juez tan solo guiará y aplicará lo requerido por los justiciables.

2. Por **vía extrajudicial**. – El legislador le otorgado a los copropietarios de poder realizar el acto de división y partición convencional por convenio unánime en los casos que como señala su denominación, exista “**unanimidad**” de voluntad de querer realizar la división y partición de acuerdo a sus propuestas, que de acuerdo al artículo 853 del Código Civil esta podrá ser realizada por documento privado o mediante escritura pública siempre que los bienes a dividir se encuentren debidamente inscritos.

Larrea (2021, p. 30) nos dice que la partición extrajudicial es aquella que se dará cuando los coherederos de una masa común hereditaria se encuentren libres y en pleno ejercicio de sus derechos administrativos, y sean capaces legalmente de disponer de sus bienes, para así poder realizar por sí mismo la partición, y ejecutarla sin la necesidad de la emisión de una resolución judicial

A lo acotado podemos decir que esta forma de partición presenta limitaciones, como la existencia de un régimen o estado de indivisión de la cosa, o cuando no existe la manifestación de voluntad unánime entre las partes, ya que si hubiera oposición por cualquiera de los copropietarios se tendrá que requerir la intervención de juez para poder resolver las controversias suscitadas sobre la oposición que se señale.

Novena. – Arata (2020, p. 591) nos dice que por convenio unánime o acuerdo de voluntades entre los copropietarios no solo podrán determinar el cómo partirse, dividirse y adjudicarse los bienes comunes, sino que también podrán convenir su compra venta a un tercero o en favor de uno de los copropietarios, acuerdo que normalmente se adopta cuando el bien tiene carácter de indivisible y no tenga ninguna restricción por ley de poder vender dichos bienes.

A lo acotado se debe tener presente que la venta no extinguirá la copropiedad, sino que esta continuara hasta el acto de liquidarse el dinero a todos los copropietarios, en base a la división y partición acordada entre ello. (Arata, 2020, p. 592)

Una de las mayores características que nos presenta esta forma de partición convencional es que prima dar relevancia a la autonomía de los copropietarios de realizar el contrato particional que fue otorgada por el legislador mediante el Código Civil peruano.

Décimo. – El principio de igualdad se establece como un deber del Estado determinando la actuación de este último, ello quiere decir que este principio establece cuando el Estado debe de actuar o abstenerse en el trato igualitario que le otorga a las personas, para ello debemos comprender que es la igualdad, Nogueira (2006, p.801) nos dice que la igualdad es comprendida como aquel derecho natural que es inherente al ser humano desde su nacimiento, nos dice que la igualdad es el reconocer a todos los hombres por igual y reconocer sus derechos sin ningún tipo de discriminación.

Chappuis (1994, p. 16) nos dice que el termino de principio de igualdad es usada desde la antigüedad, es así que incluso el mismo Aristóteles hacía referencia al principio de igualdad cuando hablaba sobre que si bien es cierto que las personas somos distintos en cualidades y numéricamente, no se puede negar que existe una igualdad en su forma y naturaleza

Fernández (c.p. García, 2008, p.110) que durante el siglo XVII y XIX se determinaba al principio de igualdad a la relación de igualdad que la ley debe brindar a las personas.

Huerta (2005, p. 312) el principio de igualdad a la actualidad al ser considerado como un deber del Estado protegido y regulado dentro del ámbito internacional y nacional, no limita a que el Estado pueda en ocasiona brindar cierto trato diferenciado cuando se traten de personas que son ciertamente diferentes en sus condiciones físicas o mentales.

Décimo primero. – González (2000, pp. 15- 19) señala que el principio de equidad tiene un alto grado de aporte a la justicia, es preciso tener presente que la justicia se encuentra estrechamente vinculada con la filosofía del derecho, es más la equidad ha sido estudiada desde la antigüedad incluso por el maestro Aristóteles, quien dentro de su libro V nos habla sobre la equidad como lo esencial para mantener la justicia a salvo, pues un tratamiento equitativo sobre el acto presupone la aplicación de la conciencia moral de las personas y su ética social.

Además de ello agrega que la equidad hablando desde su sentido más estricto es un derecho de las personas, pues muchas veces la norma suele fallar en ciertos concretos debido a la misma naturaleza de la norma o el hecho factico en que se aplica y no por negligencia del legislador

Es preciso señalar que a la actualidad la Real Academia Española le ha brindado a la denominación de equidad la definición de “Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva.”, ello en base a que el principio de equidad suele brindar cierta regulación limitante al positivismo de las normas. (González, 2000, pp. 15-19)

Hoy en día es clara la existencia de una discusión con respecto al concepto de la equidad y si el mismo reduce o contraviene al principio de igualdad, más si tenemos en cuenta que la actual medula de la justicia es la idea de la igualdad entre las personas, por ello a la actualidad la equidad opera como utopía, debía a que la misma parece inalcanzable. (González, 2000, p. 19)

Ross (c.p. González, 2000, p. 20) nos dice que la equidad concuerda con la idea de igualdad dentro de la justicia, pues no se busca determinar una igualdad en un sentido estricto, en otras palabras, la igualdad en el derecho no debe ser vista como que todos deben merecen lo mismo sin tener un criterio determinado con fundamentos válidos, debido a que la igualdad como tal no siempre responde al fin de la justicia, sino que su solo termino es entendida de manera absoluta, es por ello que nos dice que se debe tener presente las expresiones históricas que han tenido gran relevancia dentro de la aplicación de la igualdad y equidad otorgada a cada persona, señalando los siguientes: “a cada uno según su mérito” (Meritocracia); “a cada uno según su contribución” (Plutocracia); “a cada uno según sus necesidades” (Democracia); y “a cada uno según su rango o condición” (Aristocracia)” (Gonzales, 2000, p. 20)

Gonzáles (2000, p. 21) nos dice que entre las expresiones más relevantes tenemos “a cada uno según sus necesidades” el cual es el criterio ético por excelencia.

Décimo segundo. - Es menester señalar que, para comprender al abuso del derecho actual, es necesario ver como se comprendía y se aplicaba durante el siglo XIX, durante aquellas épocas en las que el capitalismo juntamente con el liberalismo se encontraba en su apogeo, donde el abuso de derecho era entendido como aquella respuesta para enfrentar a la ineficacia de la ley mostrando diversos casos inauditos y forzados, tornando el entendimiento del abuso del derecho desde dos vertientes:

1. Desde una concepción individualista, que la entendía que solo podía ser ejercida por el titular del derecho, ya sea de manera culposa o dolosa, buscando el dañar a un tercero, vulnerando derechos prescritos y protegidos.
2. Desde una concepción moderna, tenía un corte más socialista determinan que la finalidad del abuso de derecho era más económica y social del derecho. (Gaviria, 1980, p. 30)

En cambio, durante el siglo XX se siguió más un enfoque social y económico del derecho, donde se dio pase a la extensión de los ideales liberales y de la vigencia de la norma, donde la ley era la única que establecía el límite de ejercicio de un derecho y así solamente bastaría que las personas actuaran dentro de esos límites siendo innecesario investigar sobre la intención de los sujetos o la afectación de otra persona. (Hess, Louge, Zarate, 2010)

Décimo tercero. – Actualmente dentro del ordenamiento jurídico peruano el abuso de derecho se encuentra regulado dentro del artículo II del título preliminar del Código Civil de 1984, la cual establece que “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. (...)”, mostrándose como una norma direccional.

Desde esa perspectiva se entiende que el abuso de derecho debe de cumplir con una finalidad especial que es “(...) cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro y no con el fin de beneficiarse (...)” (Casación N° 2182-2006-Santa), entendiéndose que no se requiere que la persona o titular que abuse de su derecho busque algún beneficio de la realización de su acto, sino solo basta con ocasionar un daño a otra persona.

Como nos dice Lizana (2018, p. 62):

(...) el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerde con la norma legal que concede la facultad, pero al final su ejercicio resultara contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres (...) accionando con dolo o culpa, sin la utilidad que sea para sí, pero si causando daños a terceros”.

A ello comprendemos que el abuso de derecho este compuesto por la mala fe en el ejercicio de un derecho provisto en el ordenamiento jurídico y cuyo acto no se ajustó a la ley, vulnerando de ese modo el derecho de terceros; actos que son

realizados fuera de la esfera limite, donde los limites serán el ordenamiento jurídico normativo y las reglas no prescritas.

Décimo cuarto. – Con respeto a la postura que se sigue en el presente trabajo fue el de comprender al abuso del derecho como una forma ilícita, al presentarse esta figura el derecho ha dejado de cumplir con su objetivo de crear justicia y protección para los ciudadanos, y comienza a ser usado con el fin de dañar injustamente a otras personas, por eso mismo se señalaba que el derecho no puede ser visto de manera absoluta, sino desde un aspecto más relativo, con limitaciones para que pueda este cumplir con el fin con el que fue creado y no generar daño.

Décimo quinto. – Para poder determinar la existencia del abuso de derecho en un hecho factico o derecho teórico, como nos señala Morales se debe tener en presente cierto criterios objetivos para determinar su existencia:

1. Que debe de existir una norma jurídica que identifique un derecho.
2. Que dicho derecho debe ser considerado relativo, en otras palabras, se entiende que el derecho debe tener ciertas limitaciones para su aplicación.
3. El ejercicio de este derecho se originará por iniciativa de una persona o por omisión de esta, y con ello generará afectaciones negativas a los intereses legítimos de un tercero.
4. La limitación de su ejercicio o su omisión no debe encontrarse prohibidos por ninguna norma positiva.
5. La afectación del legitimo interés de la otra persona no se encuentra tutelado por un marco legal específico.
6. Se da, ya sea por el ejercicio u omisión de dicho derecho sea contrario al principio de la buena fe, las normas generales de convivencia social como la moral, buenas costumbres, entre otros.

Con respecto a los criterios subjetivos que se deben tomar en cuenta para determinar la existencia del ejercicio abusivo de un derecho Rodríguez (2020, pp. 103-104) nos dice que es más compleja su determinar, ello porque con ella se pretende conocer la intención del sujeto que ha ejercido su derecho abusivamente, por su parte Angulo (2006, p. 05) señala que los criterios subjetivos a tener en cuenta son: la negligencia, la inexistencia de un interés legítimo y serio de respetar el derecho de otra persona.

Por su parte Gaviria (1980, pp. 31-32) ha refutado que el abuso de derecho no debe configurarse bajo el precepto de encontrar dolo y culpa en quien lo está ejerciendo, puesto que, al determinar ello se está desconociendo la eficacia y validez de la teoría, cuando se presenten casos donde se ejerza un abuso de derecho se elimine la opción de que se pueda inculpar el hecho, lo que solo hace que se determine al abuso de derecho como una responsabilidad criminal o cuasi delictual, desviándose completamente del fundamento principal de la teoría de evitar causar perjuicio a un tercero al ejercer u omitir un derecho propio o el fundamento de ser considerado como un limitante rector del derecho.

Desde ese supuesto señalado también se considera que el criterio subjetivo que debe tenerse presente para determinar la existencia de un ejercicio abusivo de derecho no solo debe basarse en encontrar dentro de la conducta humana la culpa o el dolo, sino que solo debe ser suficiente la intención o la facultad de poder hacer acción o inacción para causar un derecho a un tercero. (Hess, Emiliozzi y Zarate, 2010, pp. 04-05)

Décimo sexto. – Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se comprende que el ejercicio abusivo de derecho debe atravesar por dos motivos, uno que es el fisiológico donde se ven que este incorporado el elemento de la buena fe, y dos el patológico donde se presenta como resultado de la representación.

Así mismo, Espinoza (2005, pp. 29-30) nos dice que para la concurrencia del abuso del derecho debe existir la concurrencia de los siguientes:

1. El derecho se debe encontrar establecido dentro del marco jurídico como tal.
2. Que el ejercicio de aquel derecho quebrante un interés legítimo perteneciente a un tercero.
3. Que, cuando se cause tal perjuicio no se halle protegido por una específica prerrogativa legal.
4. Debe desvirtuarse los fines tanto económicos como sociales para los cuales el marco legal les ha otorgado en marco del principio de buena fe.

Sobre el problema que se presenta en el caso en el que, si x persona se encuentra frente a la decisión de ejercitar o no un derecho del cual es titular, pero si al no ejercitarla estaría incumpliendo cierto rol social, por ello Martin señala que

en aquellos casos debe primar que su acción deba encontrarse dentro de los límites jurídicos y no jurídicos para que así no exista el abuso del derecho de otra persona. (1979, p. 446)

Décimo séptimo. – Por último, se debe señalar que no se debe confundir al abuso del derecho con las figuras de (a) fraude a la ley o con (b) el abuso de poder, en cuanto, que (a) busca no solo dañar los intereses privados de una determinada persona, sino que busca desviar la correcta aplicación de un ordenamiento jurídico con el fin de lesionar un interés social nacional, con respeto a (b) se entiende que a diferencia del abuso de derecho que busca ejercer una prerrogativa personal, esta concierne prerrogativas plasmadas por ley, aunque si bien es cierto que para ejercer el abuso de derecho también se infiere que la persona debe ejercer cierto poder sobre el derecho que está ejerciendo, pero este deberá ser con el fin de desviar dicho poder.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.

El objetivo uno del presente trabajo ha sido: “Describir cómo puede ser manipulado la partición convencional por sorteo del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho”, y sus resultados fueron:

Primero. – Dentro de los fundamentos primero al séptimo se han desarrollado de manera descriptiva el análisis de la información más importante e imprescindible con respecto a los aspectos generales de la partición convencional que se deben tener presente para el análisis de la partición convencional por sorteo, así mismo, dentro de los fundamentos Décimo segundo al décimo séptimo se ha desarrollado a la categoría del abuso del derecho, donde se han explicado los aspectos doctrinarios, conceptuales, presupuestos, criterios, entre otros, que se deberá tener en cuenta para la contratación de la hipótesis que se realizará posteriormente, por lo que ahora solo queda describir analíticamente los fundamentos y datos más relevantes recabados sobre la partición convencional por sorteo.

Segundo. – Arata (2020, p. 592) nos dice que la partición convencional por sorteo, es otra forma de partición que al denominarse como convencional, puede ser comprendida como aquella partición, ya sea porque también es resultado de una

convención o acuerdo entre los copropietarios, o por el hecho de que sea una forma de partición que puede considerarse como habitual.

Debemos precisar también que esta forma de partición se encuentra regulada por el segundo párrafo del artículo 986 del Código Civil de 1985, donde lo que se sortea no va a ser el acto de sortear sino será el modo en el que se realizará la distribución de los bienes pertenecientes a la masa común.

Tercero. - Los **presupuesto** que se deberán tener presentes para realizar el acto de partición convencional mediante sorteo, son:

1. Realizar la división proporcional material de la cosa común, la cual será dividida por lotes o bloques, cuando se tratase de bienes inmuebles.
2. La manifestación de voluntad en unanimidad de todos los copropietarios de querer realizar la partición y división de bienes mediante el uso del sorteo.
3. Poner en conocimiento a todos los copropietarios el valor económico de cada bloque dividido. (Arata, 2020, p 592)

Así mismo, cuenta con un requisito imprescindible para su aplicación, que como nos señala Arata:

- Solo podrá realizar cuando exista pluralidad de bienes o cuando se tratase de un bien inmueble divisible.

Cuarto. – La partición convencional mediante el uso de sorteo se ha creado con el fin de satisfacer la libertad de realizar negocios jurídicos entre las personas, la misma que tiene una libertad de forma para ser realizada; el código no ha impuesto límites sobre ello, por lo que, se entiende que hasta que se podrá realizar de manera verbal entre los copropietarios, pero que debido a razones con la publicidad registral o que a futuro se presentaran controversias entre las partes donde de una u otra manera se fuera a requerir su actuación como medio probatorio, es preferible realizar dicho acto mediante un documento físico. (Arata, 2020, p. 592)

4.2. Contrastación de las hipótesis

4.2.1. Contrastación de la hipótesis uno

Que, la contratación de la hipótesis se basa en el criterio de comparar las predicciones o hipótesis planteadas con la realidad que se observado durante el desarrollo del trabajo, y si estas dos tienen un margen de coincidencias alta, se podrá

aceptar las hipótesis planteadas o caso contrario se rechazara la misma, en el presente caso se ha planteado como hipótesis específica uno, la siguiente: “La partición por convenio del artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes”. Es así que pasamos a la argumentación jurídica para discutir su contenido:

Primero. – Como se ha establecido dentro del fundamento primero al séptimo:

- (a) La partición por convenio es una forma de extinción de la copropiedad, donde el legislador le ha otorgado a las partes privadas o copropietarios la capacidad de realizar la división y partición del bien común sin la intervención necesaria de un funcionario público.
- (b) La partición por convenio se realiza en base a la existencia de la pluralidad de titulares sobre un mismo derecho de real de una misma cosa común.
- (c) La partición por convenio regulada en nuestro ordenamiento jurídico peruano sigue la postura de la teoría traslativa de la partición, entendiéndose que el acto de partición otorga todos los beneficios sobre el bien que se le adjudique al copropietario, así como que también retira todos los derecho y obligaciones que hubiera tenido sobre aquellos bienes que no se le fue adjudicado.
- (d) La partición por convenio regulado dentro del primer párrafo del Código Civil peruano es aquella forma de partición convencional que se encuentra estrechamente ligada con el principio de la autonomía de las partes.
- (e) Las limitaciones que presenta la partición por convenio, se dan en base a (1) la existencia de un régimen de indivisión, (2) la obligatoria concurrencia de la voluntad en unidad de todas las partes.

Tras haber precisado esos puntos se debe tener presente que para realizar una partición convencional por convenio, primero se requerirá que la titularidad de derechos y obligaciones sobre un mismo bien, y por lo que, debe entenderse que se requiere que recaiga sobre una pluralidad de copropietarios, dando existencia de ese modo a un derecho de copropiedad la misma que se podrá dividir, en este caso se requerirá que exista manifestación de voluntad unitaria respecto a la decisión de

dividir la cosa común, por ello debe comprenderse a la partición convencional por convenio como aquel derecho que ostentan todos los copropietarios de una cosa común, teniendo como limitación a la oposición por cualquiera de ellos, siendo esta última limitación la que hace que su ejercicio no se abusivo, y vaya acorde a los intereses económicos y sociales de las normas privadas.

Segundo. – Como se establecía dentro del considerando décimo segundo, Espinoza ha señalado ciertos criterios objetivos que se debe tener en cuenta para determinar la concurrencia del abuso de derecho, o en este caso determinar si la relación es positiva con la norma, y si así fuera se entenderá que con la norma se está ejerciendo abusivamente el derecho:

- (1) El derecho **debe encontrarse en el marco jurídico** como tal, siendo que en el caso la partición convencional por convenio se encuentra regulada dentro del artículo 986 del Código Civil peruano.
- (2) El ejercicio de aquel derecho **quebrante un interés legítimo** perteneciente a un tercero, en este caso se ha reflejado en la realidad subjetiva analizada en base a los argumentos doctrinarios recabados, que no existe quebrantamiento de ningún interés legítima al ejercer la partición convencional por convenio, debido a que la misma presenta limitaciones que la impiden ejercerla abusivamente, salvo en aquellos casos en los que las partes convengan la partición siguiendo los parámetros de la igualdad y no de la equidad.
- (3) Que **cause un perjuicio** que no se encuentre protegido por un específica prerrogativa legal, como se ha señalado en el anterior numeral, al no existir el quebrantamiento de un interés legítimo, no puede verse vulnerado ningún derecho de tercero o ver causado un perjuicio, por lo que tampoco se ha cumplido con este criterio.
- (4) Que desvirtué los fines tanto económicos como sociales, así como el principio de la buena fe, como se demostrado en la realidad subjetiva doctrinaria analizada, la partición y división de bienes tiene como fundamento el regular y agilizar las relaciones económicas que a veces suelen ser impedidas debido a que cuando se tratase de un solo bien inmueble se hace imposible su agilización dentro del mercado, por lo que

entonces no se estaría cumpliendo con este criterio, desvirtuando el fin del acto de partición convencional por convenio tiene como fin agilizar estos movimiento económicos y sociales.

Tercero. – Para discutir el resultado obtenido se va a analizar el siguiente caso hipotético planteado teniendo en cuenta la conceptualización brindada por Larrea (2021, p. 30 con respecto a la partición convencional extrajudicial, a Nogueira (2006, p. 801), Chappuis (1994, p. 16), Fernández (c.p. García, 2008, p.110) y González (2000, p. 15-20) que nos hablan sobre el principio de igualdad y equidad en los actos que incluyan la facultad de ejercer un derecho:

Dos hermanos deciden convenir unánimemente realizar la división y partición de un bien inmueble de dos pisos dejado por sus padres mediante testamento en el que se les declaro como herederos únicos y universales a los dos, por lo que los dos ostentan el 50% de cuotas ideales sobre el mismo bien, en base a ese criterio los dos hermanos toman la decisión de hacer la división y partición del bien inmueble en base a los siguientes criterios:

El hermano mayor se quedará con el primer piso de la vivienda y el hermano menor se quedará con el segundo piso del inmueble.

Los dos proceden a firmar el documento privado que contiene la división y partición convencional mediante el uso del convenio unánime de los hermanos.

En el presente caso analizado, pareciera que no existe la vulneración de ninguno de los intereses de los copropietarios, más por el hecho de que este tipo de partición se basa en el fundamento de que las partes convinieron en uso del principio de autonomía de voluntades, y que ninguna de ellas se encuentra obligada a realizar dicho acto si no le conviene, más por el hecho de que como se determinó dentro de la recolección de datos, en el supuesto de que exista oposición por alguno de los copropietarios antes de firmar y dar legalidad al acto de partición mediante esta forma, podrán acceder a vía judicial para que sea el juez quien decida y convenga sobre como deberá de realizarse la partición y división de bienes comunes. Pero de la recolección de datos se ha visto que si existiría un ejercicio abusivo de derecho al no determinarse que para cualquiera de las dos formas convencionales de partición deberá de tenerse a la equidad como presupuesto para determinar la

división que se está realizando, como se puede ver en el presente caso los coherederos también realizaran el acto de partición en base a la igualdad.

Cuarto. – El trabajo consiste en confirmar si es verdad que la relación existente entre la partición por convenio regulado dentro del primer párrafo del artículo de 986 del Código Civil es negativa y no cumple con los presupuestos que establece el ejercicio abusivo del derecho, o en caso contrario negar dicha hipótesis en base a los fundamentos recolectados.

Desde un punto de vista objetivo teniendo en cuenta los criterios señalados por Nogueira (2006, p. 801), Chappuis (1994, p. 16), Fernández (c.p. García, 2008, p.110) con respecto a la igualdad, tenemos que la igualdad desde un sentido amplio es entendida como el trato en igualdad de condiciones para todas las personas, en el presente caso nos encontramos frente a un acto de partición convencional extrajudicial, donde por común acuerdo de las parte y la autonomía de sus voluntades los mismo deciden realizar el acto de partición convencional y como nos señala el artículo 986 del código Civil esta forma de partición solo requiere de la manifestación de voluntad unánime de todas las partes de querer realizar dicho acto de determinada manera, pero no determina los presupuestos o criterios a tener en cuenta para llevar a cabo dicha partición, pero como es de verse de la recolección de datos analizados, la partición se llevará a cabo en proporción a la cuota ideal que los copropietarios hubieran ostentado durante la copropiedad, que de acuerdo al artículo 970 del Código Civil se presumirá que estas serán iguales.

Pero teniendo en cuenta los criterios del principio de igualdad tenemos que los hermanos del caso hipotético comprenderán a la igualdad desde su sentido más amplio en el que cada uno debe de recibir en igualdad sin importar factores externos o cualidades que a futuro cause perjuicio a uno de los copropietarios, ello porque la mayoría de personas que se encuentran dentro de nuestra nación no tienen los conocimientos apropiados para comprender bien si la igualdad practicada entre ellas no se está vulnerando el derecho de ellos, como nos señalo Hess, Louge y Zarate (2010, p. 04) en la antigüedad las personas actuaban conforme y dentro de los límites que la ley establece, pues no se consideraba que el ejercicio de un derecho no pueda vulnerar el derecho de otros, sino simplemente importaba que la persona estuviera actuando conforme a lo que la ley establece.

Es certero decir que quienes hoy en día se dedican al oficio del derecho y la comprensión de normas, entenderán cuando se encuentran ante un acto abusivo, pero quienes no se dedican a ello no comprenderán cuando se encuentren frente a un acto abusivo del derecho.

Por eso, en el caso acotado se ve que existe vulneración de intereses del hermano menor al entregarle el primer piso de la vivienda al hermano, donde el hermano mayor podría habería tiendas comerciales u otros lo que le generaría una desproporción equitativa con el hermano menor al que le toco el segundo piso.

Quinto. – El presente trabajo de investigación se ha basado en determinar la relación existente entre el artículo 986 del Código Civil con el ejercicio abusivo del derecho, como ya se determinó en el presente caso se ha hecho alusión a la existencia leve de un abuso de derecho durante la aplicación de la partición convencional mediante convenio unánime entre los copropietarios, cuando la masa común está dividida entre ellos en base a cuotas ideales en igual de proporciones, lo que ha conllevado a que las partes solamente busquen que durante la partición se genere en base a la igualdad y no a la equidad, lo que conlleva muchas veces a la vulneración de los derechos patrimoniales y reales del copropietario en desventaja, si bien en este caso se podría decir que las partes han convenido en pleno uso de sus facultades de ejercicio y que si las partes no estaban de acuerdo con ello pudieron oponerse e ingresar a la vía judicial para podrán defender sus intereses, pero ¿Qué paso en los casos donde el copropietario se ha dado cuenta de sus desventajas después de ver firmado el documento privado o escritura pública que contenga la partición y división de la masa común?, que como se determinó dentro de la descripción de resultados, el documento que contenga la decisión de las partes tiene fuerza irrevocable, por lo que todas las partes deberán acatar lo acordando, dando pase a que ninguno pueda acceder a vía judicial a que se revoque el documento que el mismo ha concedido.

Por ello, nosotros consideramos que la solución para evitar que se cometan dichas vulneraciones es determinar dentro del derecho objetivo que la división y petición convencional deba ser realizada bajo la aplicación de la equidad proporcional en la que se encuentren los bienes, lo que así evitaría que cualquiera de los copropietarios puedan hacer uso de la división y partición en base a la

igualdad para tratar de vulnerar los derechos e intereses económicos y sociales del o de los copropietarios a quienes se le adjudique el inmueble en desventaja.

Sexto. – A lo acotado, algunos juristas, doctrinarios, o asesores podrían señalar propuestas contradictorias en este punto, como:

- (a) El principio de autonomía de voluntad de los copropietarios y su libertad contractual de realizar la división y partición mediante documento privado, que bien se podría señalar que la ley le ha otorgado a las partes poder convenir entre ellos y dar la disposición de sus derechos reales como ellos convengan, pero en lo casos como el planteado donde la misma ley es quien se encuentra avalando hacer ejercicio de dicho derecho abusivamente, pese a que las copropietarios tengan en sus manos la libertad de disponer de este derecho como estos determinen, debemos tener presente que es tarea del legislador establecer parámetros y brindar una guía para que entre los intervinientes del acto de partición no se vulneren ninguno de sus derechos ni intereses económicos ni sociales.
- (b) La existencia de la suspensión de la división convencional con la existencia de la oposición de alguna de las partes, si bien es cierto que la partición convencional mediante el convenio unánime de las partes establece como limitante la oposición por alguna de las partes, dentro del caso analizado no versa sobre la existencia de la oposición, sino sobre el hecho de que la ley permite que los actos de partición se deán en base a la igualdad de cuotas que los copropietarios tuvieron durante la copropiedad, es más actualmente no existe en ninguna parte del derecho objetivo o subjetivo que establezca que para el acto de partición de bienes comunes se deba de aplicar en base a la equidad proporcional en el que se encuentre el bien.

Por todo lo esgrimido, **negamos la hipótesis planteada**, porque se ha demostrado que si existe una relación positiva entre la partición convencional por convenio unánime y el ejercicio abusivo del derecho, en aquellos casos en donde las partes han convenio la partición en base al uso de la igualdad proporcional de cuotas ideales que ostentaban durante la copropiedad y no en base a una equidad proporcional del estado en el que se encuentran los bienes adjudicados, y también en base a que pese a ser tarea y finalidad del legislador establecer ello expresamente

dentro del ordenamiento jurídico no lo ha realizado, lo que ha devenido en que los justiciables ejerzan dicho derecho de manera abusiva basándose en que la ley ampara sus actos.

4.2.2. Contrastación de la hipótesis dos

La hipótesis específica uno fue la siguiente: “La partición convencional por sorteo del artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición convencional por sorteo”. Es así que pasamos a la argumentación jurídica para discutir su contenido:

Primero. – Como se ha determinado en el fundamento segundo, la partición convencional por sorteo, deberá ser comprendida desde dos aspectos, uno desde el sentido el termino convencional que se le otorga, primero desde el sentido que este acto podrá ser realizado por acuerdo de todas las partes intervinientes, o en el sentido que debe comprenderse como un acto que puede ser considerado como habitual. Así también dentro del fundamento tercero se ha determinado los presupuestos para poder realizar esta forma, siendo las siguientes:

- (2) Realizar la división proporcional material de la cosa común, la cual se dividirá en lotes o bloques, se requerirá que exista pluralidad de bienes o si es solo inmueble, este sea afecto a dividirse.
- (3) Que, en caso de realizarse por acuerdo de las partes, todos deberán de manifestar su voluntad común de querer dividir la cosa bajo estos términos.
- (4) Poner en conocimiento sobre el valor económico que tiene cada bloque dividido.

Pero como podemos ver de los datos recolectado, no ha establecido en los supuestos en los que se use el “sorteo” dentro de la vía judicial, cuando sea el juez quien realice la división y partición de la cosa común, teniendo presente lo señalado dentro del art. 970 del Código Civil peruano con respecto a la igualdad de cuotas, como se ha recabado de la realidad subjetiva doctrinaria analizada, las particiones reguladas dentro del ordenamiento jurídico peruano se encuentra reguladas por la teoría traslativa.

Así mismo, dentro del fundamento cuarto se ha determinado que esta forma de partición también sigue el fin de otorgar la libertad de realizar estos negocios

jurídicos a los copropietarios sin la intervención necesaria de un funcionario legitimado, pese a ello el código no ha establecido ningún límite sobre la forma que se debe seguir para realizar la misma, lo que genera una incertidumbre dentro de este ámbito, más al recordar que nos encontramos en un estado constitucional de derecho, donde el legislador debe otorgar en el ámbito de las relaciones privadas el camino a seguir para evitar así que existan deficiencia, o un abusivo ejercicio del derecho otorgado.

Segundo. - Que, como se planteó dentro de los fundamentos décimo al décimo quinto de la descripción del objetivo uno, también se requerirá utilizar los criterios señalados por Espinoza, Gaviria para determinar si al ejercitar el acto de partición convencional, se encontraría estrechamente ligada de manera positiva con el abuso del derecho, la hipótesis planteada supone que si existe una relación positiva entre la partición convencional por sorteo con el ejercicio abusivo de derecho, para pasamos a analizar cada uno de los criterios aportados por la realidad subjetiva doctrinaria:

- (1) El derecho **debe encontrarse en el marco jurídico** como tal, siendo que en el caso la partición convencional por sorteo se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico, más específicamente dentro del segundo párrafo del artículo 986 del Código Civil peruano.
- (2) El ejercicio de aquel derecho **quebrante un interés legítimo** perteneciente a un tercero, que como se ha descrito dentro de la descripción de los datos recabados, se ve que se ha presentado diversos quebrantamientos del interés legítimo de un tercero, desde: determinarlo como un tipo de partición convencional, al darle la calidad de habitual; o en los casos de que al seguir la teoría traslativa y dividir los bloques o lotes en base al porcentaje ideal que le corresponde a cada copropietario.
- (3) Que **cause un perjuicio** que no se encuentre protegido por un específica prerrogativa legal; en este caso podría señalarse el caso en el que no se tenga presente el “sorteo” en aquellos casos de protección de un derecho u cobro de una obligación que este determinada en una específica garantía o embargo que se haya impuesto en la masa común, también el perjuicio que se pueda presentar en el caso de que el bloque o lote solo se haya dividido

de acuerdo a la teoría traslativa, donde solo se divide en partes igual al seguir lo determinado dentro del art. 970 del Código Civil peruano.

- (4) Que **desvirtué los fines tanto económicos** como sociales, que vaya de acuerdo al principio de buena fe, como se demostrado en la realidad subjetiva doctrinaria analizada, la partición y división de bienes tiene como fundamento el regular y agilizar las relaciones económicas, por lo que desde ese punto podríamos señalar que la partición convencional por sorteo si cumple con este fin, pero contrariaría en el punto de aplicación de la buena fe, en los supuestos de usar dicho sorteo con el fin de vulnerar los intereses de terceros.

Tercero. – Para discutir el resultado obtenido se va a analizar el siguiente caso hipotético planteado teniendo en cuenta la conceptualización brindada por Larrea (2021, p. 30) con respecto a la partición convencional extrajudicial, a Nogueira (2006, p. 801), Chappuis (1994, p. 16), Fernández (c.p. García, 2008, p.110) y González (2000, p. 15-20) que nos hablan sobre el principio de igualdad y equidad en los actos que incluyan la facultad de ejercer un derecho:

El primero, es donde el causante ha dejado un inmueble en forma cuadrangular de una extensión superficial de 400 metros cuadrados con un valor económico de 40,000.00 dólares americanos, teniendo como únicos herederos a sus cuatro hijos, los cuales después de hacer una sucesión intestada, deciden acudir a vía judicial a realizar la división y partición, donde el juez siguiendo la teoría traslativa del derecho, y al artículo 970 del Código Civil y el segundo párrafo del artículo 986 del mismo código, decide partir el bien inmueble en 4 partes iguales y proporcionales a las cuotas ideales que le correspondían a los copropietarios antes de su partición, que de acuerdo al art. 970 se presume que estas eran igual, por lo que, no hay mucha ciencia en dicha división habiendo realizado ello el juez decide repartir dicho inmueble en base al uso del “sorteo o azar”, correspondiéndole a cada heredero un lote con un valor económico de 10,000.00 dólares americanos, dos de los bloques tienen salida a la pista, pero dos de ellos lamentablemente no, deviniendo ello en que estos dos últimos no puedan tener una cochera, una tienda u otro comercio, que le generen ingresos como si pueden los herederos a los que se les adjudicaron los bienes inmuebles que se encontraban en la pista, dando pase a

la vulneración del principio de equidad entre lo adjudicado cada hermano, donde solo se tiene en cuenta a la igualdad.

El mismo caso analizado ocurren en el hecho de existir una herencia perteneciente de manera universal a dos únicos hermanos, equivalente a un inmueble con un valor económico de 100,000.00 dólares americanos y una empresa con el mismo valor, pero que a diferencia del primer bien este recibe ingresos brutos anuales de hasta 5,000.00 dólares americanos, que en aplicación del “azar” regulado dentro del artículo 986 y en base a que a cada copropietario le corresponde un 50% del total de los bienes, se comprendería que al hermano que se le vaya a adjudicar la casa tendrá un perjuicio en tanto perderá todos los derechos y obligaciones sobre los ingresos brutos que la empresa produjera.

Puede que en este último ejemplo se denote más la diferencia equitativa que existirá, en el primer caso no se hace muy notoria la diferencia entre la igualdad y la equidad, puesto que los herederos no tuvieron en cuenta el hecho de que al copropietario a quien se le adjudique el segundo piso, no tendrá salida directa con la calle, no podrá poner un negocio que le genera mayores ganancias, y muchos otros que podría repercutir en sus intereses económicos, pero en el segundo caso planteado vemos que es más notoria el hecho de que existe actualmente un ingreso bruto anual fuera del valor patrimonial que tiene la empresa, aunque en el segundo caso alguno podrían convenir que podría alquilarse la casa lo que también generaría un ingreso para el copropietario al que se le adjudicó.

Desde ese punto de vista, se puede ver que en el primer caso no se habría actuado ni determinado ningún criterio de equidad para la división proporcional realizada, haciendo que quien tuviera el mayor beneficio causó perjuicio a los intereses económicos y sociales de sus otros hermanos, así mismo, tampoco se habría determinado si alguno de los lotes adjudicados tendrían alguna desventaja geográfica en comparativa con los otros bienes adjudicados a los demás herederos, en ningún artículo se determinó realizar dichos criterios o presupuestos antes de realizar dicha partición, por lo que, en este caso también se estaría vulnerando los intereses económicos de aquel hermano al que le hubiera tocado dicho lote, al igual que en el segundo caso.

Cuarto. – Que, bajo el análisis descriptivo y la contratación de la realidad subjetiva dogmática recabada con el concepto jurídico analizado se ha determinado la relación positiva que existe entre el ejercicio del segundo párrafo del art. 986 del Código Civil y su ejercicio abusivo del derecho, en tanto que este último se ha desarrollado en base a premisas determinando la sustancialidad y extensión que cubre el abuso de derecho, desde sus criterios objetivos y subjetivos, determinándose que al hacer ejercicio de este derecho de partición y su forma se estaría vulnerando el derecho de alguno de los copropietarios o terceros que tengan un legítimo interés sobre la cosa común.

Este supuesto, tenemos la existencia de la manifestación de voluntad de las partes de seguir por vía judicial su partición, donde se les ha otorgado realizar dicho acto en la autonomía de sus voluntades, y durante la audiencia de partición el juez en uso de sus facultades jurisdiccionales les preguntara a todos los copropietarios si se adecuaran a la forma de realizar dicha partición mediante el convenio o sorteo, siendo que, los copropietario en uso de sus facultades aceptaran realizar el acto de partición mediante el uso del sorteo, por lo que el juez cumplirá con:

1. Hacer la división de los bienes o bien inmueble en lotes o bloques proporcional a las cuotas ideales que cada copropietario hubiera tenido antes del acto de partición, que de acuerdo al artículo 970 estos serían divididos en igualdad de económica para todos.
2. Constatar que no existe la oposición por ninguna de las partes, de realizar dicha forma de partición.
3. Brindarles el valor económico de cada lote o bloque a todos los herederos.

Una vez realizado dicho acto, pese a que algún copropietarios se dé cuenta que existen ciertas desventajas de ver sido adjudicado con los bloques o lotes que no tengan salida directa a la pista, ello podría generar un ingreso mayor a los copropietarios que si sean adjudicados con ellos, o en el caso de que se determine que dos de los bloques se encuentran cerca de un barranco u otra dificultad, no podrá desistirse ni oponerse, mucho menos si el acto del sorteo ya inicio, ello en base al principio de preclusión, pese a que el copropietario que no se encuentra conforme señala que la igualdad utilizada a la hora de dividir los inmuebles vulnera sus interés económicos o que debió utilizarse mayor criterio, al juez solo le

corresponde señalar que el acto ya fue realizado y que se emita el fallo que contenga la división realizada al principio fue aceptada por todos y que como consta en acta todos dieron su manifestación de voluntad, pero que después de realizado el acto uno o dos de los intervinientes se opusieron.

Aquí se puede ver claramente que, pese a que el copropietario señale posterior al acto de sorteo realizado en base a los criterios de la igualdad, que manifestó su voluntad en concordancia con el principio de buena fe y en que el juez no ejercerá su función garantista en hacer un ejercicio abusivo del derecho, sino en dar los criterios sustentables para brindar una solución que no vulnere los intereses de todos los justiciables, además también podemos ver que durante el acto de división de bienes normalmente el juez y los copropietarios solo tienen en cuenta al principio de igualdad donde a todos los hijos del causante que no ha dejado testamento les corresponde una cuota ideal igual para todos.

Sin tener presente al principio de equidad, que determina el otorgar a las personas lo que les corresponde, ello se basa en la necesidad y los factores externos del bien y de los herederos, un ejemplo, es que al plantear la existencia de una limitación de facultades físicas o mentales de cualquiera de los copropietarios puede devenir en el otorgar un porcentaje más alto en base a sus demás hermanos, además también se requiere tener en cuenta al principio de equidad en base al estado en el que se encuentra el bien que es materia de división.

Quinto. – Por ello para evitar que se causen lesiones a los intereses económicos y sociales de aquellos justiciables a los que se le haya adjudicado los bienes inmuebles, el presente trabajo se ha realizado a fin de que el legislador determine ciertos criterios o presupuestos para evitar dar pase al ejercicio abusivo del derecho de partición mediante el uso del sorteo, como, por ejemplo: establecer a la equidad como nuevo criterio para el acto de realizar la partición y no a la igualdad, pero no la equidad que busca satisfacer la necesidad personal de cada heredero al momento de la partición, sino una equidad dirigida en base al estado en el que se encuentran los bienes comunes que son materia de partición, determina su ubicación geográfica, los ingresos brutos y activos que estos producen o podrían producir, su posicionamiento espacial, y todos aquellos criterios que determinen el estado en el que se encuentre cada lote o bloque dividido.

Por lo que, entonces teniendo en cuenta aquellos criterios el juez podría determinar otorgarle 20 metros cuadrados más a los bloques o lotes que no tenga salida a la calle o que se encuentren cerca de un barranco u otro que cause desventaja a quien se adjudique con el inmueble, o en el segundo caso el juez podría determinar otorgar a un hermano la casa y al otro la empresa, pero que los ingresos brutos anuales que esta última recibe serán repartidos en parte proporcional entre los dos hermanos, o que el hermano que se quede con la empresa dar un monto en son de compensación de que no exista equidad entre los dos bienes inmuebles.

Bajo esos supuestos, es que se busca que la norma sea modificada, para que el juez puede hacer un filtro a la hora de realizar una distribución equitativa y que la misma se encuentre regulada y positivizada dentro de la norma, aquí muchos podrían señalar si ya acepto no hay vuelta atrás, pero hoy en día no nos encontramos en un estado inquisitivo de derecho, menos dentro del ámbito civil, donde los justiciables acuden a fin de buscar una solución factible que no vulnere sus intereses económicos y sociales, bajo la idea de que se encuentran en un estado constitucional de derecho que le otorgaran las soluciones ideales y no lo dejara a su suerte y factibilidad de determinar por su cuenta si le conviene o no, sino es el derecho quien debe brindar las soluciones y no las personas.

Sexto. – Al tema de propuesta esgrimido puede que existan muchos juristas, dogmáticos u otros señalen respuestas contradicciones en este punto, por ejemplo:

(1) entonces si hay contradicción u oposición continua por cualquiera de las partes y no hay acuerdo se deberá de realizar la partición acorde al art. 988 del Código Civil la cual establece en su última oración “(...). Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo con la adjudicación en común o en la venta contractual, se venderá en pública subasta.”, y dar por concluida dicha cuestión, pero aquí se estaría tratando de imponer una decisión impositiva a los copropietarios, donde el derecho no estaría cumpliendo con su función de presentar herramientas para evitar usar el derecho de manera inquisitiva, no nos encontramos en un sistema inquisitivo, sino en un estado constitucional de derecho garantista donde la justicia debería ser equitativa.

(2) Que en caso de que haya acuerdo de voluntades y el bien inmueble se encuentre inscrito en Registros Públicos deberá de aplicarse los criterios del art. 853

del Código Civil peruano, el cual establece que “Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose se bienes inscritos en Registros Públicos. En los demás, es suficiente documento privado con firmas notariales” pero como se ha señalado en los casos hipotéticos los bienes inmuebles que eran materia de división, al menos en el primer caso no se encontraban inscritos en Registros Públicos, porque la factibilidad de usar este artículo deviene en imposible, en cuanto al segundo caso puede que se señale que para la existencia de un empresa si se requiere que esta sea inscrita, pero como nos señala en artículo se requiere que exista acuerdo entre las partes, lo que hace que este artículo solo determine los criterios y las formalidades que se deberán de seguir de aceptar realizar la partición convencional mediante convenio regulado en el primer párrafo del art. 986 del Código Civil, determina que en caso de estar inscritos los inmuebles se deberá de realizar el acto mediante escritura pública, y en caso de que no bastara con un documento privado, lo que también tampoco sería de aplicación al presente caso, ya que, es decisión de los justiciables qué camino seguir para buscar una solución factible a su problema, y es función del derecho brindar todos los criterios para que este camino elegido no vulnere sus derecho ni intereses, pero lamentablemente no se da dicho caso en el supuesto de aplicar el sorteo en igualdad.

(3) La aplicación del principio de la preclusión regulado dentro del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual establece que todas las etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva y que mediante una cláusula de dar por definida cada etapa al concluirse, se impide que se dé el regreso a etapas o momentos procesales que ya se han consumado, que como señalaba en el fundamento cuarto que los copropietarios después de ver realizado el acto de sorteo se quieren desistir del mismo al dar cuenta que el lote que se le adjudico tiene desventajas en comparación de los demás, el juez determinara que el momento procesal del acto de partición de sorteo ya habría precluido y su retroceso contraviene a dicho principio, aquí debemos tener en cuenta que el juez es garantista, no para que este ejerza abusivamente el derecho que se le ha otorgado sino para brindar seguridad jurídica a los justiciables de posibles fraudes o ejercicios abusivos de derecho.

Así mismo, es preciso señalar en este punto que el derecho debe brindar soluciones y prevenir que se use la buena fe de los justiciables para hacer un ejercicio abusivo del derecho, como el que se está presentando con la aplicación del sorteo con el criterio de igualdad entre los copropietarios.

Por ello, es que se **confirma la hipótesis**, al verse demostrado la existencia de una relación positiva entre la partición convencional por sorteo con el ejercicio abusivo del derecho.

4.2.3. Contrastación de hipótesis general

La hipótesis general del presente trabajo fue la siguiente: “El artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes como para la convencional por sorteo”, y ya habiendo contrastado las dos hipótesis específicas, se está apto para poder argumentación jurídica la postura científica adoptada frente al problema factico analizado, bajo los siguientes fundamentos:

Primero. – Para poder determinar y tomar una decisión correcta sobre la contrastación de la hipótesis primero se debe de evaluar el peso de cada hipótesis específica, pues en el presente caso nos encontramos con que cada hipótesis es independiente de la otra, en tanto que la misma norma establece dos formas de realizar el mismo acto, y por esa misma razón es que las dos también se encuentran estrechamente ligadas, tras conocer lo mencionado, se discutirá el peso de cada hipótesis para tomar la mejor rienda del trabajo de investigación.

Segundo. – El peso que se le otorga a cada hipótesis es de 50%, en base al fundamento de que cada una es independiente de la otra, donde se encontraran ligadas debido a que las dos sub categorías se encontrar dentro del mismo artículo analizado, para verificar si en general cumplen con relacionarse positivamente con el ejercicio abusivo del derecho, por lo que, solo se requiere que se cumpla la segunda hipótesis para confirmar la hipótesis general.

Tercero. – Pero como se puede observar del presente caso, durante su desarrollo se ha demostrado que sí puede existir una manipulación en la partición convencional por sorteo con el ejercicio abusivo del derecho, sino que también

existen supuestos de hecho en el que el estado también avala dicha situación entre la partición convencional por convenio unánime con el ejercicio abusivo del derecho.

Por lo tanto, al haberse negado la primera hipótesis específica y haberse aceptado la segunda hipótesis específica, podemos decir que la hipótesis general ha sido **confirmada** en un 75% tanto que la relación existente entre el artículo 986 del Código Civil peruano con el ejercicio abusivo se encontró la posibilidad de ser manipulado el artículo en cuestión, a razón de que existen supuestos de hecho en los que también se está avalando la partición convencional por convenio unánime de manera abusiva.

4.3. Discusión de los resultados

El presente trabajo de investigación ha demostrado que, si sí puede existir una manipulación entre las formas de partición convencional reguladas dentro del artículo 986 del Código Civil con el ejercicio abusivo del derecho, dado que:

1. Las particiones convencionales son un derecho nato de los copropietarios, las cuales han sido reguladas por el legislador con el fin de establecer un negocio comercial entre las partes y promover la movilidad comercial de los bienes comunes dentro del mercado.
2. Que, pese a que se ha establecido limitaciones, estas no cubren o impiden que se siga ejerciendo el derecho de partición convencional de manera abusiva.
3. Actualmente la norma avala que las personas hagan uso de la igualdad para realizar la partición convencional, sin establecer expresamente con que presupuestos o criterios para evitar causar perjuicios a los intereses económicos y sociales de terceros.

Lo que ha causado que las partes intervinientes durante el acto de partición solo utilicen el criterio de la igualdad creyendo que dicho actuar está completamente aceptado por el derecho, lo que actualmente deviene en cierto, ya que, el legislador no ha determinado expresamente que se deban de seguir otros criterios para realizar el acto de partición.

Por lo que, tanto la partición convencional por convenio unánime como la partición convencional mediante sorteo, están siendo ejercidas de manera abusiva

lo que conlleva a la vulneración de los intereses económicos y sociales de aquellos copropietarios a los que se les ha adjudicado el bien con desventajas.

Respecto a la **autocrítica** del presente trabajo fue el no poder contar con expediente judiciales donde se hayan tramitado la partición convencional por convenio o sorteo, para poder analizar si se han llegado a observar mayores presupuestos que los tres presupuestos señalados por la recolección de datos recabada, tampoco se ha podido analizar el fundamento de las motivaciones de los jueces que tuvieron jurisdicción sobre la realización de las dos formas de partición analizadas en el presente trabajo, así mismo, ha sido muy difícil el recolectar información sobre el estándar que se debe de tener en cuenta a la hora de realizar la partición convencional, la misma pese a tener la denominación de convencional pareciera que el legislador la omitió y abandono para que sean los justiciables quienes determinen como realizar sus actos, pese a que es el derecho quien debe de brindarles los presupuestos determinantes que no vulneren sus intereses, más al encontrarnos en un estado constitucional de derecho.

Los resultados y aportación demostrada **se condicen y se debate también con otras investigaciones** nacionales e internacional, tales como del investigador Cañas (2020) cuyo título de investigación es “Partición de Herencia”, cuyo aporte más resaltante fue el realizar el desarrollo analítico de un caso real a fin de brindar las soluciones factibles para la señora x que se sentida afectada por el hecho de que se consideró que los bienes adjudicados mediante un contrato de donación otorgado por la causante a su hijo (esposo de la señora x) cuando la primera aún se encontraba en vida, fueran considerados como un anticipo de legitima, por lo que su madre ya no lo considero en su testamento.

La investigación corroborada coincide con el trabajo citado en el aspecto de que el hijo al que no se le ha considerado dentro del tercio de la legitima para la adjudicación de los bienes dejados por su madre, se ha vulnerado su derecho al no dejarlo participar durante la repartición de los bienes, pese a que se le adjudicado se debe tener presente la equidad al momento de realizar la división y partición de la herencia pese a que exista un testamento, este puede ser declarado nulo si no se ha considerado a todos los herederos forzosos dentro de la nueva copropiedad que se forma al fallecer la causante.

El debate deviene en que dentro los resultados del trabajo, los hallazgos obtenidos no concuerdan con respecto a que la norma que regula la partición convencional hoy en día estaría permitiendo su ejercicio abusivo por parte de los copropietarios, ello porque la investigación se ha centrado en un estudio de la legítima y la división en base a un testamento donde es el mismo testador quien determina su la forma en que se reparten los bienes, aunque si bien la legítima que pertenece a los copropietarios se encuentra dividida por alícuotas, la misma no determina cuales como se debe de repartir los inmuebles sin causar daños a los interés de los justiciables o terceros.

Pero eso no fue el caso, por lo que desde dicho punto debemos decir que el aporte realizado por la investigación, ciertamente tiene leves relaciones con la nuestra, aunque si coincidimos con lo que se señala.

Por otro lado, tenemos otra investigación del investigador Chávez (2019) cuyo título de investigación es “Los acuerdos de división y partición sucesoria de predios rurales realizados por juez de paz”, cuyo aporte más resaltante fue dar un fundamento jurídico relevante por qué se debe considerar a las partición y divisiones realizadas bajo la jurisdicción de un juez de paz letrado deba considerarse eficaz, solo en aquellos casos en los que los copropietarios estén de acuerdo, si no fuera así estos tendrían que acudir al juez que tenga competencia para realizar el proceso.

Coincidimos, que, en caso de usar las particiones convencionales por acuerdo, las partes pueden realizar dicho acto ya sea por documento privado como lo determina el art. 853 del Código Civil, en caso de tratarse de un bien inmueble no inscrito, o realizar en vía notarial; que al igual que los aportes brindados en el presente trabajo los copropietarios son libres de usar su autonomía contractual de realizar el acto de partición cuando haya convenio entre las partes y todos estén de acuerdo con la partición.

El presente trabajo no solo ha aportado a demostrar la relación parcialmente correcta que existe entre el artículo 986 del Código Civil con el ejercicio abusivo del derecho, sino que ha demostrado que el artículo al señalar dos formas de realizar el acto uno de ellos si está acorde a ley y no esta susceptible a ejercerla abusivamente.

Por último, tenemos otra investigación de los investigadores Peláez & Vélez (2021) cuyo título de investigación es “Manifestaciones del abuso del derecho en las sociedades colombianas”, cuyo aporte más resaltante fue el brindar un análisis jurídico social determinante para establecer incluso dentro de nuestro país vecino se requiere urgentemente regular una nueva norma, que permita sancionar y evitar que en base a los comportamientos de buena fe de los socios de una sociedad, ejerzan abusivamente su derecho.

En ese punto coincidimos con dicha investigación, pero a diferencia de ella que busca la regulación de un nuevo cambio normativo que elimine el vacío legal encontrado dentro del derecho societario, el presente trabajo de investigación busca brindar un apoyo sólido jurídico para que en base a ella se evite que el artículo 986 del Código Civil peruano siga siendo ejercido de manera abusiva ocasionando la vulneración de los derechos e intereses económicos y sociales mediante el uso abusivo de dicho derecho.

Respecto al valor de los **resultados obtenido sirven** para que tanto los jueces, litigantes y justiciables puedan darle una vista con mayor criterio jurídico al artículo 986 del Código Civil, más a su segundo párrafo quien requiere que el derecho establezca límites para evitar repercusiones futuras no solo al Estado peruano, sino también a los justiciables a los que se les vulnera sus derechos e intereses económicos y sociales.

Así mismo, **sería provechoso que futuros investigadores promuevan** el estudio y análisis sobre los daños y perjuicios que se provocan al vulnerar los intereses económicos y sociales que se producen debido al acto de partición convencional, así mismo, para promover de esa forma que el legislador brinde soluciones y prevenciones jurídicas factibles para evitar seguir haciendo ejercicio del derecho de partición de manera abusiva, también sería provechoso investigar sobre la determinación de si la lista de causales de extinción de la copropiedad es taxativa o no, debido a que aún existen ciertas ambigüedades que no ha sido cubiertas dando pase a la vulneración de los derechos de terceros.

4.4. Propuesta de mejora

Habiendo llega a este punto, es preciso señalar que en base a lo mencionado es de suma urgencia la modificación del segundo párrafo del artículo 986 del Código Civil peruano, como se presenta a continuación:

“Artículo 986°. – Partición convencional

Los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime.

La partición convencional puede ser hecha también mediante sorteo.

En ambos casos, el convenio deberá realizarse bajo la aplicación de la equidad proporcional en la que se encuentren los bienes, de lo contrario el juez, bajo responsabilidad, debe advertir que hay una desproporción en el convenio, y solo en caso de que las partes deseen proseguir con su convenio deban asumir la responsabilidad de dicha desproporción de manera expresa e indubitable.

El convenio equitativo deberá motivarse en base a la ubicación geográfica, ingresos brutos y activos que produzcan, y posicionamiento.

[La negrita es la incorporación]

CONCLUSIONES

- Se identificó que sí puede ser manipulado la partición por convenio para un ejercicio abusivo del derecho, a pesar que dicha división se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes y la plena manifestación de voluntad de los mismos, en tanto, las partes han convenio la partición en base al uso de la igualdad proporcional de cuotas ideales que ostentaban durante la copropiedad y no en base a una equidad proporcional del estado en el que se encuentran los bienes adjudicados.
- Se describió que sí puede ser manipulado la partición convencional por sorteo para un ejercicio abusivo, si bien las partes están de acuerdo con la distribución material y que según sorteo será propietario según le toque su designación, el problema no radica en el sorteo en sí, sino en la distribución generada por la igualdad, más no en la equidad.
- Se analizó que sí puede ser manipulado la partición convencional (por convenio unánime o por sorteo) regulada dentro del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho, en la actualidad la partición en cualquiera de sus dos formas se viene realizando a través de los criterios de la igualdad, más no de la equidad, la cual debería componer elementos tales como: ubicación geográfica, ingresos brutos, activos, posicionamiento espacial u otros que según sean las circunstancias, las partes y sobre todo el juez dirima dichos puntos para no afectar el derecho de alguno.

RECOMENDACIONES

- **Publicar** los resultados obtenidos dentro de las revistas, fueros académicos y científicos de la universidad, a fin de promover la investigación normativa incrementando el interés científico de los estudiantes lectores.
- Se recomienda **llevar a adelante los resultados obtenidos** y se dé la modificación y se incorpore lo siguiente al artículo 986:
 “Artículo 986°. – Partición convencional
 Los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime.
 La partición convencional puede ser hecha también mediante sorteo.
En ambos casos, el convenio deberá realizarse bajo la aplicación de la equidad proporcional en la que se encuentren los bienes, de lo contrario el juez, bajo responsabilidad, debe advertir que hay una desproporción en el convenio, y solo en caso de que las partes deseen proseguir con su convenio deban asumir la responsabilidad de dicha desproporción de manera expresa e indubitable.
El convenio equitativo deberá motivarse en base a la ubicación geográfica, ingresos brutos y activos que produzcan, y posicionamiento.
 [La negrita es la incorporación]
- Después de la modificación del artículo 986 del código Civil se recomienda **adiestrar y capacitar** a los estudiantes, magistrados, litigantes y otros operadores de justicia a fin de expandir la comprensión del uso de la equidad durante el acto de partición.
- Se recomienda **realizar más investigación**, con respecto a los daños y perjuicios que se provocan al vulnerar los intereses económicos y sociales que se producen al realizar el acto de partición convencional en cualquier de sus dos formas de manera abusiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo, I. (2006). *El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual*. (Tesis optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile). Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fja594a/doc/fja594a.pdf>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Arata, M. (2020). Capítulo Quinto: Copropiedad. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 434-458). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Capítulo Quinto: Presunción de igualdad de cuotas. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 459-464). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Subcapítulo III: Partición. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 569-579). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Subcapítulo III: Obligatoriedad de la partición. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 580-585). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Subcapítulo III: Imprescriptibilidad de la acción de partición. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 586-590). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Subcapítulo III: Partición convencional. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 591-595). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Subcapítulo IV: Causa de extinción. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 621-625). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Arata, M. (2020). Subcapítulo IV: Causa de extinción. En M. Muro & M. Torres (Coord.), Código Civil Comentado Tomo V, (pp. 621-625). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.

- Azañero, F. (2018). *Diccionario de Derecho Civil y Derecho procesal Civil*. Ate – Lima: Editorial Colecciones Jovic, Primera Edición.
- Barraza, J. (2021). *El abuso del derecho en material procesal*. (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile). Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/180053/El-abuso-del-derecho-en-materia-procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bautista, J. (2016). *Derecho Romano: Copropiedad y comunidad hereditaria. Una Aproximación Conceptual* (Tesis de pregrado, Universidad de La Laguna, Tenerife, España). Recuperado de <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/3016>
- Berastain, C. (2020). Subcapítulo V: Prescripción adquisitiva. En M. Muro & M. Torres (Coord.), *Código Civil Comentado Tomo V*, (pp. 362-376). Lima – Perú: Gaceta Jurídica S.A. Cuarta edición.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario jurídico Elemental*. Recuperado de: [https://www.academia.edu/download/38161902/DICCIONARIO JURIDICO_ELEMENTAL.Cabanellas_Ed.2003.pdf](https://www.academia.edu/download/38161902/DICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL.Cabanellas_Ed.2003.pdf)
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina: Heliasta, Edición Decimonovena.
- Cañas, A. (2020). *Partición de Herencia* (Tesis de maestría, Universidad de Valladolid, Valladolid, España). Recuperado de <https://core.ac.uk/display/459228574?source=2>
- Código Civil. (30/08/1936). Ley N° 8305. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf
- Código Civil. (23/12/1851). Ley del 23 de diciembre de 1851. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf
- Código Civil. (24/07/1984). Decreto Legislativo N° 295. Recuperado de <http://www.abrahamlincoln.pe/normas/ETT/NL2.pdf>
- Código Procesal Civil. (04/03/1992). Decreto Legislativo N° 768.

- Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Civil Transitoria (2017). Casación 5061-2017-Lima. Recuperado de:
<https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/12/Casaci%C3%B3n-5061-2017-Lima-LP.pdf>
- Cuentas, E. (1997). El abuso del Derecho. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 51(1), 463-484. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085322>
- Chappuis, J. (1994). La igualdad ante la ley. *THEMIS – Revista de Derecho*. 1(1), 15-21. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109877.pdf>
- Chávez, J. (2019). Los acuerdos de división y partición sucesoria de predios rurales realizados por juez de Paz: Fundamentos jurídicos de eficacia (Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca, Perú). Recuperado de <https://repositorio.unc.edu.pe/handle/20.500.14074/3069>
- Dibarrart, M. (2020). Los herederos no requieren del consentimiento de los demás para disponer de la cuota hereditaria referida a un inmueble. *Revista chilena de derecho*, 47(3), 915-923. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8007333>
- Durán, M. (2012). *El abuso del derecho en la responsabilidad extracontractual*. (Tesis pregrado, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile). Recuperado de:
http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/6772/a84515_Duran_M_El_abuso_del_derecho_en_2012_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Espinoza, J. (2005). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídico nacional. *IUS ET VERITAS*, 12(24), pp. 302-313. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188>
- Fernández, C. (2014). Abuso de derecho. Editorial, ediciones legales E.I.R.L. Recuperado de:
[file:///C:/Users/admin/Downloads/ABUSO%20DE%20DERECHO%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/ABUSO%20DE%20DERECHO%20(2).pdf)

- Figuroa, K. (2013). División y partición de inmueble: Alcances Registrales. *Derecho y Cambio Social*, 10(33), 1-9. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5476714>
- García, V. (2008). El derecho a la igualdad. *Revista Institucional*, 8, pp. 109-127. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/260>
- Gaviria, E. (1980). El abuso del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49(1), 27-34. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212337>
- Gavidia, C. & Guerra, K. (2022). El abuso de derecho en el embargo de cuentas sueldos por el proceso de embargo en un procedimiento de cobranza coactiva (Tesis para obtener el título de abogado, universidad nacional de Trujillo, Trujillo, Perú). Recuperado de: <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/19078>
- Gonzales, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales*. Lima – Perú: Sociedad peruana de Ciencias Jurídicas.
- González, A. (2000). Precisiones conceptuales al principio de equidad. *Pensamiento Educativo*, 26(6), 15-29. Recuperado de <https://horizonteenfermeria.uc.cl/index.php/pel/article/view/25615/20537>
- Guamán, K. Hernández, E. & Lloay, S. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 265-269. Recuperado de <https://www.studocu.com/ca-es/document/universitat-de-girona/historia-moderna/2218-3620-rus-12-04-265-apunts/14790864>
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2016). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.
- Hess, E. Louge, E. & Zarate, J. (2010). La naturaleza jurídica del abuso del derecho. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*. 18(1), 1-27. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3736893>
- Huamán, M. Ríos, A. (2021). La división y partición de los bienes y la declaración de herederos en la ausencia de testamentos en los Juzgado Civiles de la Provincia de Coronel Portillo – Región Ucayali 2021. (Tesis pre grado, Universidad Privada de Pucallpa, Pucallpa, Perú). Recuperado de

https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UPPI_28cda6c7dc236b0585ea06d657aee85e

- Huanaco, R. (2021). Abuso del derecho de familia en la pensión de alimentos en los hijos mayores de edad casos especiales (Tesis para obtener el título de abogado, universidad autónoma San Francisco, Arequipa, Perú). Recuperado de: <http://repositorio.uasf.edu.pe/handle/UASF/375>
- Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(1), 307-334. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/7686/7932/0>
- Larrea, X. (2021). *Partición Extrajudicial Propuesta de Reforma*. Quito- Ecuador: E-Books Editorial Ecuador, Primera Edición. Recuperado de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=LxtNEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA4&dq=partici%C3%B3n+extrajudicial&ots=8fJ3Vhggm8&sig=6lhbCreG00EpEtuhaphc2cAg4OM#v=onepage&q=partici%C3%B3n%20extrajudicial&f=false>
- Linares, A. (30/04/2016). *Responsabilidad civil por el ejercicio abusivo del derecho*. Asuntos legales. [Internet]. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-civil-por-el-ejercicio-abusivo-del-derecho-2374626>
- Lizana, J. (2018). *Uniones de hecho impropias frente al abuso del derecho*. (Tesis pregrado, Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú). Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/nociones-generales-sobre-el-abuso-del-derecho/>
- Martin, J. (1979). Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del derecho. *Anuario de derecho civil*. 32(2-3), 437-462. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1980326>
- Morales, A. (2020). *El abuso del derecho en el Derecho Societario Peruano*. Agnitio. [Internet]. Recuperando de <http://agnitio.pe/articulo/el-abuso-de-derecho-en-el-derecho-societario-peruano/>
- Mora, E. (2021). El abuso del derecho en aportes de afiliación extemporáneos, a través de actas de finiquito y procesos judiciales en la provincia de

- Imbabura (Tesis para obtener el título de abogado, universidad técnica del norte, Ibarra, Ecuador). Recuperado de: <http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/11772>
- Morillo, M. (2018). El régimen de copropiedad y sus problemas jurídicos, *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 3, 139-152. Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263743009/html/>
- Noblecilla, G. (2019). Indemnización por enriquecimiento sin causa en una unión de hecho impropia-Chiclayo-2018 (Tesis para obtener el título de abogado, Chiclayo, Perú). Recuperado de: <http://repositorio.udch.edu.pe/handle/UDCH/328>
- Nogueira, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *AFDUDC*, 10(1), 799-83. Recuperado de: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf;sequence=1>
- Ñaupas, H. Mejía, Novoa & Villagómez. (2014). Metodología de la investigación. Perú – Lima: Ediciones de la U, Tercera Edición.
- Ortega, E. (2017). Prescripción de la cuota de un comunero (Tesis de pregrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador). Recuperado de <http://201.159.223.180/handle/3317/8138>
- Palacios, E. (2005). La Copropiedad. *Revista de Investigación Jurídica “Docentia et investigatio”*, 7(1), 73-82. Recuperado de <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10552>
- Peláez, M. & Vélez, S. (2021). Manifestaciones del abuso del derecho en las sociedades colombianas (Tesis para obtener el título de abogado, universidad EAFIT, Medellín, Ecuador). Recuperado de: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/29958>
- Pérez, J. (2021). La División y Partición de Bienes Ante la Ausencia de Testamento en el Distrito de Ayacucho, Huamanga, Ayacucho, 2020 (Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú). Recuperado de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/79547>

- Quintero, R. (2019). Abuso del derecho del arrendador en el contrato de arrendamiento de vivienda urbana en Colombia (Tesis para obtener el título de abogado, universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia). Recuperado de: <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/1612/EL%20ABUSO%20DEL.pdf?sequence=1>
- Riao, M. (2018). Ejercicio de la acción de división judicial de herencia (Tesis de maestría, Universidad de Jaén, Andalucía, España). Recuperado de <https://tauja.ujaen.es/jspui/handle/10953.1/8033>
- Rodríguez, J. (2020). El ejercicio abusivo de derecho del acreedor y su incidencia en el proceso de ejecución de garantías. *IUS - Revista de investigación de la facultad de derecho*, 9(1), 101-122. Recuperado de: <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/329>
- Sala Civil Transitoria. (19/12/2006). Casación N° 2182-2006-Santa. Recuperada de <https://es.scribd.com/document/237690126/Cas-2182-2006-Santa-Abuso-Del-Derecho>
- Torrent, A. (1964). Consortium erecto non cito. *Anuario de historia del derecho español*, 34, 479-502. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2050243>
- Tuesta, F. (2020). Análisis de la legítima y su afectación desproporcionada en la facultad de disposición en el Derecho de Propiedad. (tesis pregrado, Universidad del Pacífico, Lima, Perú). Recuperado de: <https://hdl.handle.net/11354/3348>
- Vasconcelos, S. Menezes, P. Ribeiro, M. & Heitman, E. (2021). Rigor científico y ciencia abierta: desafíos éticos y metodológicos en la investigación cualitativa. *Scielo en Perspectiva*, 2021. Recuperado de <https://blog.scielo.org/es/2021/02/05/rigor-cientifico-y-ciencia-abierta-desafios-eticos-y-metodologicos-en-la-investigacion-cualitativa/#.Yplun6hBzIU>
- Vivanco, P. (2022). Consistencia de las perspectivas gnoseológicas jurídicas del investigador y los enfoques de investigación metodológica. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S1), 38-46. Recuperado de <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2608/2555>

Witker, J. & Larios, R. (1997). Metodología Jurídica. McGRAW - HILL Interamericana Editores S.A. Primera Edición, D.F. – México. Recuperado de

https://www.academia.edu/36761606/METODOLOGIA_JURIDICA_JORGE_WITKER_Y_ROGELIO_LARIOS.pdf

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	<p>Categoría 1</p> <p>➤ Artículo 986 del Código Civil peruano</p> <p>Dimensiones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Partición por convenio • Partición por el azar <p>Categoría 2</p> <p>➤ Ejercicio abusivo del derecho</p> <p>Dimensiones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sustancialidad • Extensión 	<p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica Cualitativa teórica y iuspositivista</p> <p>Metodología paradigmática Propositiva</p> <p>Diseño del método paradigmático Diseño no experimental transeccional</p> <p>a. Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano</p> <p>b. Caracterización de sujetos o fenómenos Sujetos: Categoría 1 y 2, siendo la partición convencional y el abuso del derecho</p> <p>c. Técnica e instrumento Investigación documental mediante fichas textuales y de resumen</p> <p>d. Tratamiento de la información Los datos se procesaron mediante la argumentación jurídica.</p> <p>e. Rigor científico Al tener un enfoque iuspositivista para hacer un control y dar esa solidez al presente trabajo se ha utilizado la epistemología jurídica del iuspositivismo eliminando los elementos extraños: sociológicos, históricos, psicológicos, entre otros.</p>
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas		
<p>¿De qué manera el artículo 986 del Código Civil peruano que regula el derecho a la partición convencional puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?</p>	<p>Analizar cómo puede ser manipulado el artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho.</p>	<p>El artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes como para la convencional por sorteo.</p>		
<p>¿De qué manera la partición por convenio regulada por el artículo 986 del Código Civil peruano puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?</p>	<p>Identificar cómo puede ser manipulado la partición por convenio del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho.</p>	<p>La partición por convenio del artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición para los convenios unánimes.</p>		
<p>¿De qué manera la partición convencional por sorteo regulada por el artículo 986 del Código Civil peruano puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho?</p>	<p>Describir cómo puede ser manipulado la partición convencional por sorteo del artículo 986 del Código Civil peruano para un ejercicio abusivo del derecho.</p>	<p>La partición convencional por sorteo del artículo 986 del Código Civil peruano sí puede ser manipulado para un ejercicio abusivo del derecho, en tanto no existe parámetros de equidad para la división y partición convencional por sorteo.</p>		

Anexo 2: Matriz de operacionalización de categorías

Categorías	Sub-Categorías	Indicadores	Ítems	Escala instrumento
Artículo 986 del Código Civil peruano	Partición por convenio	Al ser una investigación cualitativa teórica jurídica de corte propositivo, se prescinde de indicadores, ítems y la escala de los instrumentos de recolección de datos, pues estas categorías solo se utilizan cuando se hace un trabajo de campo		
	Partición por el azar			
Ejercicio abusivo del derecho	Sustancialidad			
	Extensión			

Anexo 3: Matriz de la operacionalización del instrumento

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“

” [Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

Como hemos detallado y desarrollado dentro del capítulo metodológico, se ha recolectado la información mediante el uso de fichas textuales, de resumen y bibliográficas, si tenemos presente que esta recolección no va a ser ínfimo, se va a emplear un análisis formalizado en base a la hermenéutica jurídica, con el fin de ser objetivos en la interpretación de cada uno de los textos recolectados, las mismas que serán desarrolladas dentro del marco teórico de manera sistemática y organizada, creando así un marco teórico confiable, solido, y coherente, por ello adjuntamos los modelos de fichas que se usaron, su transcripción fue establecida en las bases teóricas.

FICHA TEXTUAL: Sobre las cuotas ideales

DATOS GENERALES: Gonzales, N. (2013). Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales. Lima- Perú: Sociedad peruana de Ciencias Jurídicas. Página 591

CONTENIDO: “Es entendida como aquella parte ideal o subjetiva, en la que se encuentra dividida la copropiedad de un bien, derecho u otro, entonces podemos decir que es la parte la parte, proporción o participación que le pertenece a cada copropietario”

FICHA RESUMEN: Sobre la partición convencional por convenio

DATOS GENERALES Arata, M. (2020). Código Civil Comentado Tomo V, Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A. Página 591.

CONTENIDO: Este supuesto de partición no contradice el carácter imperativo, sino más bien otorga el poder facultativo a los copropietarios de hacer uso del principio de la autonomía, donde con el fin de establecer sus interés manifestaran su voluntad de realizar la división en base a las propuestas dadas, esto también supone que los comuneros tendrán ciertas restricciones como el de poder instar la división de los bienes comunes cuando este se encuentren en estado de indivisión; así mismo, tendrán el deber de realizar las formalidades que establece la ley con respecto a la forma y las condiciones, bajo apercibimiento de que sea el juez quien realice la partición.

Anexo 5: Validación de expertos del instrumento

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolecto los datos

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectara los datos

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 9: Constancia de que se aplicó el instrumento de recolección de datos

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 10: Evidencias fotográficas

El reglamento señala que se puede prescindir de este anexo, en caso de tratarse de una investigación teórica.

Anexo 11: Declaración de autoría

En la fecha, yo **Marisol Carolina, Berrocal Ramos** identificado con DNI N° 48646362, domiciliado en Jr. Nicolas de Piérola N° 106 Urb. La Florida del distrito de El Tambo, provincia de Huancayo, Región Junín, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“El artículo 986 del Código Civil peruano y su ejercicio abusivo del derecho”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 22 agosto del 2022



Marisol Carolina Berrocal Ramos
D.N.I N° 48646362

Declaración de autoría

En la fecha, yo **Jaime, Quispialaya Guerra** identificado con D.N.I N° 73092878, domiciliado en el Psj. Andrés Bello Mz. I Lt.10 Urb. Siglo XX El Tambo, provincia de Huancayo, Región Junín, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“El artículo 986 del Código Civil peruano y su ejercicio abusivo del derecho”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 22 agosto del 2022



Jaime Quispialaya Guerra
DNI N° 73092878