

# **EL SISTEMA DE LIMITACIÓN DE PÉRDIDAS DE CAPITAL EN EL SISTEMA JURÍDICO NORTEAMERICANO**

Marco de la Beca –Actualización In Situ- la cual se  
llevó a cabo en el Edificio del Servicio de Recaudación  
Interno Ubicado en Washington D.C.

Lic. Fernando Tinoco Ortiz

Secretario de Estudio y Cuenta de la Ponencia  
del Ministro Juan N. Silva Meza.

México, Distrito Federal, a treinta de noviembre de dos mil diez.

# EL SISTEMA DE LIMITACIÓN DE PÉRDIDAS DE CAPITAL EN EL SISTEMA JURÍDICO NORTEAMERICANO

## I. INTRODUCCIÓN

En un sistema tributario basado en la imposición de ganancias y pérdidas en el momento de su realización, la limitación a la aplicabilidad de pérdidas de capital en contra de ingresos ordinarios, presenta una serie de beneficios a la base de recaudación por cuanto hace a las prácticas especulativas de ciertos contribuyentes que se dedican a la acumulación de activos, acciones o títulos valor, que retienen para lograr el incremento a su valor, difiriendo el pago del impuesto por dicho enriquecimiento, mientras que persiguen la realización inmediata de los activos, acciones o títulos valor que pueden ofrecer la obtención de una pérdida de capital que resulta aplicable en contra de los ingresos ordinarios que pudieran obtener en un ejercicio determinado.

A esta práctica comunmente conocida como **“cherry-picking”** se le considera como provocadora de una situación de injusticia así como de un efecto económico indeseado, pues por una parte el sistema tributario permite el enriquecimiento diferido de quienes detentan los activos que discrecionalmente pueden enajenar cuando se obtiene una pérdidas y por otra parte fomenta el estancamiento en la movilidad de bienes, pues recompensa el estatismo con un efecto fiscal de diferimiento en el pago del impuesto por la ganancia aun no realizada.

El sistema de limitación de pérdidas de capital se implementa ante esta realidad mediante una solución que permite que no exista la anticipación de las pérdidas y el diferimiento de las ganancias, pues ante tal práctica la normatividad estadounidense considera que las pérdidas de capital únicamente resultan aplicables en contra de las ganancias de capital, logrando un diferimiento que incluso puede alcanzar largos periodos de tiempo hasta en tanto no se obtenga la ganancia que permite la aplicación de las pérdidas.

La necesidad de la medida puede encontrarse referida en la exposición de motivos de la reforma norteamericana de 1924, por virtud de la cual se comenzaron a implementar disposiciones que atañen al problema descrito,

limitando las deducciones obtenidas por pérdidas de capital y al respecto se señaló lo siguiente:

“La iniciativa pretende cerrar uno de los vacíos en nuestra legislación fiscal que ha sido utilizado de variadas formas para evitar la imposición sobre la renta. Generalmente, bajo las reformas de 1918 y 1921, las ganancias de capital o pérdidas de capital, representan, la diferencia entre el costo actual para el contribuyente de sus inversiones de capital y la consideración recibida al momento de vender dichas inversiones. Bajo la reforma de 1918, la ganancia de capital fue sumada al ingreso gravable del contribuyente por el año en que se realizaba, y su ingreso total estimado de esta forma era gravado conforme a las tasas prevalecientes aplicables a un ingreso de ese tamaño. Por otra parte, las pérdidas de capital eran deducibles del ingreso total del contribuyente por el año en el que se incurrían y el balance era gravado a las tasas aplicables a un ingreso de ese tamaño. En otras palabras, mientras el contribuyente se encontraba gravado a las máximas tasas posibles en todas las ganancias de capital, se le permitía una deducción completa del ingreso por cuanto hacia a las pérdidas de capital. Este sistema no resultó satisfactorio. Implicaba una injusticia para el contribuyente, en cuanto a que un incremento frecuentemente acumulado respecto de un gran periodo de tiempo se gravaba a una alta tasa porque la propiedad se convertía en efectivo en un año en particular y la ganancia neta era arbitrariamente atribuida a ese año en el que se llevó a cabo la venta. Pero de mucho mayor importancia resultaba la decidida interferencia con el curso normal de los negocios y el comercio. Con un impuesto máximo del 77 por ciento había una severa restricción artificial en las ganancias por enajenación, y muchas transferencias de propiedad extremadamente deseables desde el punto de vista económico no solo eran retrasadas sino incluso evitadas. Adicionalmente, existía una seria pérdida recaudatoria, en cuanto a que la iniciativa, como siempre ocurre, quedó en manos del contribuyente, quien se resistía a realizar la ganancia pero nunca dudaba en generar la pérdida para poder deducirla por completo de un ingreso gravado.”

Evidentemente la reacción del contribuyente a la solución planteada por el legislador consiste en construir planeaciones fiscales tendientes a desnaturalizar la generación de pérdidas de capital para considerarlas pérdidas ordinarias, o incluso, considerar que una ganancia ordinaria es en realidad una ganancia de capital para poder aprovechar las pérdidas de capital pendientes

de amortizar, generando incluso disputas entre la autoridad administrativa y los particulares que resultan realmente irónicas, pues existen casos en los que la litis consiste en una defensa del particular pretendiendo demostrar la existencia de ingresos de capital para poder aprovechar las pérdidas de la misma fuente, y de la autoridad pretendiendo que tales ingresos no se produjeron para rechazar el beneficio obtenido por la generación de la pérdida.

## **II. OBJECIONES A LA LIMITACIÓN DE DEDUCCIONES POR PÉRDIDAS DE CAPITAL**

Si bien en el sistema norteamericano no existe una serie de principios constitucionales que rijan la configuración del sistema tributario, siendo en realidad la única previsión la relativa a que debe gravarse la renta neta conforme a criterios de razonabilidad, lo cierto es que la medida de limitación a la aplicación de pérdidas provenientes del capital ha sido sustentada en tres razones históricas primordiales para justificar las probables contradicciones con principios imperantes en la doctrina tributaria.

- 1.- Proteger la recaudación;
- 2.- Para homologar el tratamiento preferencial otorgado a las ganancias de capital;
- 3.- Limitar la habilidad de los contribuyentes para manipular la realización de la ganancia o pérdida para disminuir su contribución.

Las justificaciones sustentadas en torno a la necesidad de proteger la recaudación no han tenido una pacífica acogida puesto que existen voces que se oponen a la razonabilidad de la medida, argumentando que si bien el Congreso se encuentra en la necesidad de combatir prácticas nocivas que puedan incidir en la erosión de la base, no deben perderse de vista los efectos indirectos que genera, como pueden ser beneficios artificiales respecto de un tipo de inversión sobre otra, o el total desconocimiento de la disminución patrimonial provocada por una legítima pérdida obtenida sin ánimo especulativo contraviniendo una premisa fundamental en el sistema impositivo como lo es la necesidad de contribuir conforme a una capacidad económica

real, que si bien no constituye una exigencia de rango constitucional si resulta ser un principio de la imposición.

Por cuanto hace a la referida homologación preferencial otorgada a las ganancias de capital, es necesario en primer término hacer una aclaración en torno al concepto “ganancias de capital”.

El término “ganancia de capital” si bien es utilizado en la legislación norteamericana con cierta frecuencia y relativa familiaridad, lo cierto es que tal expresión no guarda una connotación inherente en la doctrina tributaria, económica ni contable. Para los economistas, es factible asimilar el término ingreso por el de ganancia, mientras que los contadores se refieren al ingreso neto. Si bien existen una serie de complicadas reglas para determinar los casos en los que existe una ganancia de capital, quedémonos para efectos didácticos con el ejemplo que puede ofrecer una ejemplificación relativamente sencilla, el cual consiste en que existen ganancias de capital que son calificadas como tal atendiendo al tipo de activos que se enajenan, de modo tal que la realización de un “activo de capital”, genera una ganancia de capital.

Precisado lo anterior, se retoma la segunda finalidad perseguida con el sistema de limitación de deducciones derivadas de pérdidas de capital, en contra de la cual se hace valer que si bien es cierto que durante un tiempo se aplicó un tratamiento preferencial a las ganancias de capital de largo plazo, también lo es que la desaparición de tasas diferenciales para gravar ganancias de capital respecto de ganancias ordinarias elimina el sustento de esta justificación en concreto, de modo tal que al encontrarse sujetas ambas ganancias a una misma tasa impositiva no se admite la razonabilidad de esta justificación.

Sin embargo el tercer aspecto para encontrar sustento en cuanto a su razonabilidad. La limitación a los contribuyentes respecto de su posibilidad para manipular los momentos de realización de la ganancia o pérdida para disminuir su deuda tributaria se advierte claramente del siguiente ejemplo.

Supongamos que un contribuyente adquiere una inversión en el año 1, y la adquiere por un monto de 10,000 dólares, siendo que en el año 2, el valor asciende a 20,000 dólares, pero no enajena (es decir decide no realizar la ganancia) el bien sino hasta el año 3, en este caso el contribuyente logró un diferimiento en el pago del impuesto debido a que la ganancia obtenida en el

año dos no fue realizada sino hasta el año tres, por lo que el contribuyente esta obteniendo un financiamiento sin interés a cargo del gobierno puesto que la cantidad que debiera haber enterado en el año dos aún se encuentra a su disposición en este ejercicio y no será enterada sino hasta el siguiente en que se realice.

La pérdida produciría el mismo efecto de financiamiento a favor del gobierno y con cargo al contribuyente, pues aún cuando su inversión se deprecie, lo cierto es que no podrá reconocer dicha pérdida sino hasta el momento de su realización, sin embargo en este caso la decisión sobre el momento de la realización de la inversión juega a favor del contribuyente y resulta evidente que optará por realizarla cuanto antes de modo que el financiamiento de referencia será por un tiempo mucho menor del que seguramente optará por aprovechar en contra del fisco cuando se trata de diferir ganancias.

Ahora bien, en un sistema en el que las personas físicas pueden diferir el pago del impuesto mediante la manipulación de los momentos de enajenación de sus valores, esto representa una situación comprensiblemente indeseable puesto que se puede diferir el pago del impuesto de manera indefinida incluso hasta la muerte para después ser transmitido por causa de muerte sin que esto se considere realización de la ganancia por lo que existe un incremento patrimonial considerable sin la necesidad de pagar el impuesto por largos periodos de tiempo.

No obstante lo justificado que puede parecer la tercera finalidad anteriormente referida sobre la necesidad de desincentivar la realización selectiva de pérdidas y ganancias, lo cierto es que existen efectos económicos que resultan indeseables derivados de la medida de la limitación de pérdidas.

Uno de los efectos indeseados consiste en que el sistema de limitación de pérdidas puede generar una inequidad horizontal, entendida esta como el principio por virtud del cual se exige que personas que obtienen un ingreso similar tributen de manera similar.

Sin embargo la connotación “ingreso” se refiere a un ingreso económico, para lo cual resulta útil atender a la medida de ingreso económico denominado

Haig-Simmons<sup>1</sup> por virtud del cual se considera que el ingreso es igual al consumo mas cualquier incremento neto en la riqueza o en su caso, menos el decremento neto en la riqueza, por un periodo de tiempo determinado.

El anterior postulado se puede demostrar si se toma en consideración que dos contribuyentes podrían contar con la misma situación económica con la única diferencia basada en la naturaleza del bien que detenta, así, un contribuyente que es titular de una acción respecto de la cual la persona moral emisora tiene como único activo una inversión cuyo valor se ha perdido en el presente ejercicio, se encuentra en igualdad de circunstancias que una persona moral propietaria de un activo similar.

No obstante la similitud económica entre los contribuyentes del ejemplo anterior, si el contribuyente que es propietario del activo lo enajena puede reconocer la pérdida como una pérdida ordinaria y por ende podría aplicarla contra el resto de sus ingresos ordinarios sin limitante alguna, mientras que la pérdida de valor sufrida por el otro contribuyente en su acción no le permitirá la aplicación total de la pérdida pues en este caso se considera que la pérdida es de capital y no ordinaria, resultando el anticipado trato diferenciado y por ende la supuesta violación al principio de equidad horizontal.

Un segundo escenario que puede generar una violación al principio de equidad horizontal se presenta en la medida en que el sistema de limitación de pérdidas desconoce la posibilidad de que un contribuyente difiera la realización de pérdidas y anticipe la realización de ganancias, de modo tal que si la realización de ganancias se anticipa demasiado la amortización de pérdidas no podrá ser aprovechable generando un desconocimiento en su efectiva situación económica y por ende vulnerando el principio aludido.

Pero además de las inconveniencias que el sistema presenta al respeto del principio de equidad horizontal, el principio de equidad vertical también puede resultar afectado por la implementación de las limitantes a las pérdidas de capital, para lo cual basta ponderar que el sistema beneficia a los grandes contribuyentes perjudicando a los pequeños y medianos inversionistas, pues si se toma en consideración que los grandes contribuyentes cuentan con un

---

<sup>1</sup> Término acuñado atento al nombre de los economistas que lo perfeccionaron, Robert M. Haig y Henry C. Simmons.

mayor portafolio de inversiones, su posibilidad de empatar pérdidas junto con ganancias de capital es mucho mas factible que el pequeño y mediano inversionista, de modo tal que mientras el gran contribuyente encuentra la posibilidad de neutralizar la ganancia generada el pequeño y mediano inversionista es quien en realidad entera el impuesto sin lograr el diferimiento.

### **III. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE POSIBLES SOLUCIONES**

Tomando en consideración las objeciones que se han desarrollado, ha habido una diversidad de propuestas que tienden a dar solución al problema que genera el sistema de limitación de deducciones.

Al respecto se proponen básicamente tres posibles soluciones a los problemas expuestos.

1.- Rechazar el sistema de reconocimiento de pérdidas y ganancias bajo el criterio de realización.

Esta solución propone que los efectos fiscales se produzcan cuando exista el incremento o decremento económico y no hasta que se lleve a cabo la realización de la ganancia o la pérdida. Evidentemente la presente solución requeriría de una obligación adicional para lograr la implementación de la reforma, lo cual consistiría básicamente en la necesidad de realizar avalúos anuales para detectar los incrementos efectivos en los bienes del contribuyente. Es interesante la propuesta puesto que implicaría el reconocimiento efectivo de las modificaciones patrimoniales conforme estas se producen además de que tendría por efecto lograr una ampliación de la base de recaudación, impulsar una mayor equidad en el sistema y desincentivar el efecto de anquilosamiento en la movilidad de las inversiones que puede producir el sistema de limitaciones.

Sin embargo, la implementación de la solución propuesta presenta una objeción de orden práctico, el constante avalúo de los activos del contribuyente presentan no solo una enorme carga administrativa y financiera sino que además requeriría un despliegue fiscalizador que puede generar mayores costos que beneficios en la recaudación. Además produce el efecto económico indeseado de gravar incrementos de riqueza donde aún no se ha obtenido el



flujo de efectivo necesario para solventar las obligaciones tributarias, lo que produciría la necesidad de forzar un comportamiento artificial en el contribuyente respecto de los momentos de realización necesarios para obtener el flujo de efectivo.

## 2.- Intereses por diferimiento

Conforme a esta solución se persiguen cuatro cambios; eliminar las limitaciones a la aplicación de pérdidas de capital; establecer un interés para el caso de diferimiento de ganancias no realizadas; conceder un crédito por concepto de interés derivado de pérdidas no reconocidas; y permitir una base gravable transmisible inter vivos o por transmisiones a causa de muerte.

La propuesta presenta dos ventajas esenciales, elimina el beneficio obtenido derivado del diferimiento en la realización de ganancias, y por otra parte no es necesario realizar la valuación anual que constituye la carga administrativa y financiera indeseable conforme a la anterior solución.

Sin embargo el problema radica en que el perjuicio generado por el cargo derivado del interés en el caso del diferimiento en la realización de la ganancia únicamente se materializaría en el momento de ésta, lo cual acentúa el problema de la inmovilización de inversiones, puesto que la enajenación de las mismas no sólo detona la actualización del hecho imponible sino que además genera la causación del referido interés lo que constituye un desincentivo en la movilidad de las inversiones.

Otro problema que presenta la solución es que el momento de realización de la ganancia puede ser evitado mediante la obtención de préstamos garantizados con el bien de que se trate, obteniendo el contribuyente el flujo de efectivo necesario con base en su activo sin necesidad de enajenarlo, evitando la realización del mismo y fomentando el diferimiento en el pago de la contribución. Esta opción permite incluso una práctica que constituye uno de los principales efectos que la limitación de las pérdidas de capital persigue, consistente en la realización selectiva, pues se regresa al problema inicial consistente en que el contribuyente puede enajenar los activos que le procuran un beneficio derivado de la generación de pérdidas mientras que diferirá la ganancia del capital mediante la operación de financiamiento anteriormente descrita.

En todo caso, un sistema que pretenda sustituir al esquema de limitación de pérdidas de capital requiere necesariamente perseguir los siguientes objetivos si pretende implementarse efectivamente sin lograr un detrimento en el sistema imperante.

Lo referido objetivos son los siguientes:

- 1.- Limitar los efectos de la realización selectiva;
- 2.- Simplificar el sistema impositivo;
- 3.- Permitir deducciones por pérdidas realizadas que representen efectivas disminuciones patrimoniales.

#### **IV. LA PROBLEMÁTICA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO**

La problemática apuntada no es privativa del sistema norteamericano pues nuestro sistema impositivo también ha pretendido hacer frente a las prácticas de los contribuyentes que ha considerado nocivas por uno u otro motivo, sin embargo las razones que sustentan las medidas en nuestro sistema jurídico no son tan extensas ni tan claras como las que constan en las exposiciones de motivos de las reformas norteamericanas, aspecto que dificulta un análisis sustentado sobre las ventajas y desventajas que la solución presenta a la luz del problema que se pretende combatir.

Pero más allá de la oscuridad que pueden presentar las intenciones del legislador al diseñar nuestro sistema tributario en torno al tratamiento fiscal de las pérdidas de capital, y tomando en consideración que nosotros no contamos con una definición legal, o por lo menos de uso tan común que resulte familiar, de “pérdidas o ganancias de capital”, lo que realmente constituye una oportunidad de análisis sobre las soluciones adoptadas por el sistema tributario norteamericano, lo son las exigencias de rango constitucional que nuestro sistema jurídico demanda, pues dejando a salvo un análisis de las soluciones planteadas frente a la constitución, lo cierto es que no es lo mismo desde el punto de vista de la validez del sistema normativo considerar los principios de justicia tributaria como meros elementos valorativos que deben inspirar el sistema tributario de un país, que considerarlos verdaderos principios

constitucionales que condicionan la validez de las normas que regulan un sistema tributario determinado.

En cualquier caso, la existencia de la problemática resulta interesante y demanda la realización de los esfuerzos necesarios para que dentro del Poder Legislativo, Ejecutivo, y Judicial, se encuentren las vías idóneas para conciliar los posibles remedios jurídicos a las problemáticas que pueden existir en torno a las prácticas que resulten nocivas para el interés público, con los principios constitucionales que rigen la actuación de dichos poderes.

En todo caso, la experiencia de un país como Estados Unidos de Norte América permite advertir un camino recorrido sobre la regulación establecida frente a la realidad social que produce los problemas a los que nos referimos en el presente ensayo.