

Errores de retrospectiva en sentencias y laudos

(o la maldición de conocer el desenlace)

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

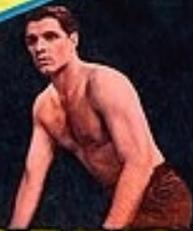
www.manuelconthe.com

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/>

FIDE

Madrid, 11 de enero de 2024

A new-
and altogether
different-
screen
excitement!!!



ALFRED
HITCHCOCK'S

PSYCHO

starring
ANTHONY
PERKINS

VERA
MILES

JOHN
GAVIN

co-starring
MARTIN
BALSAM
JOHN
MCINTIRE

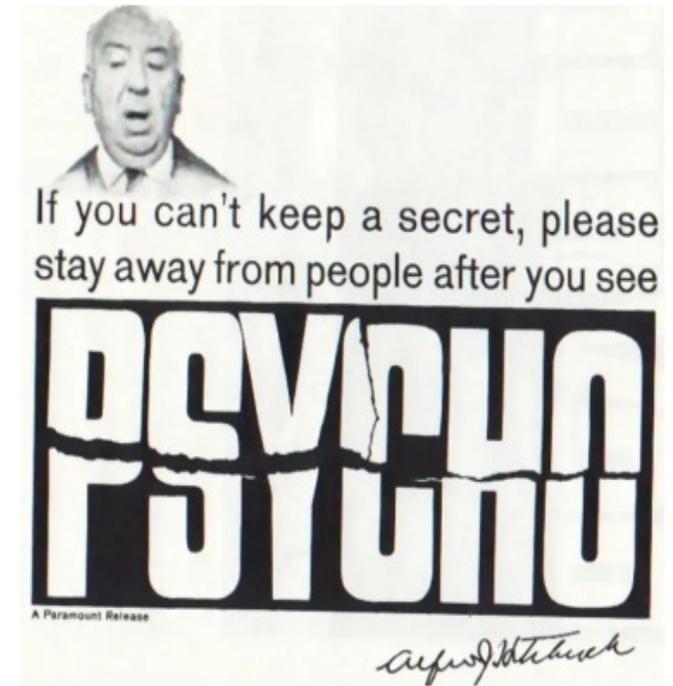
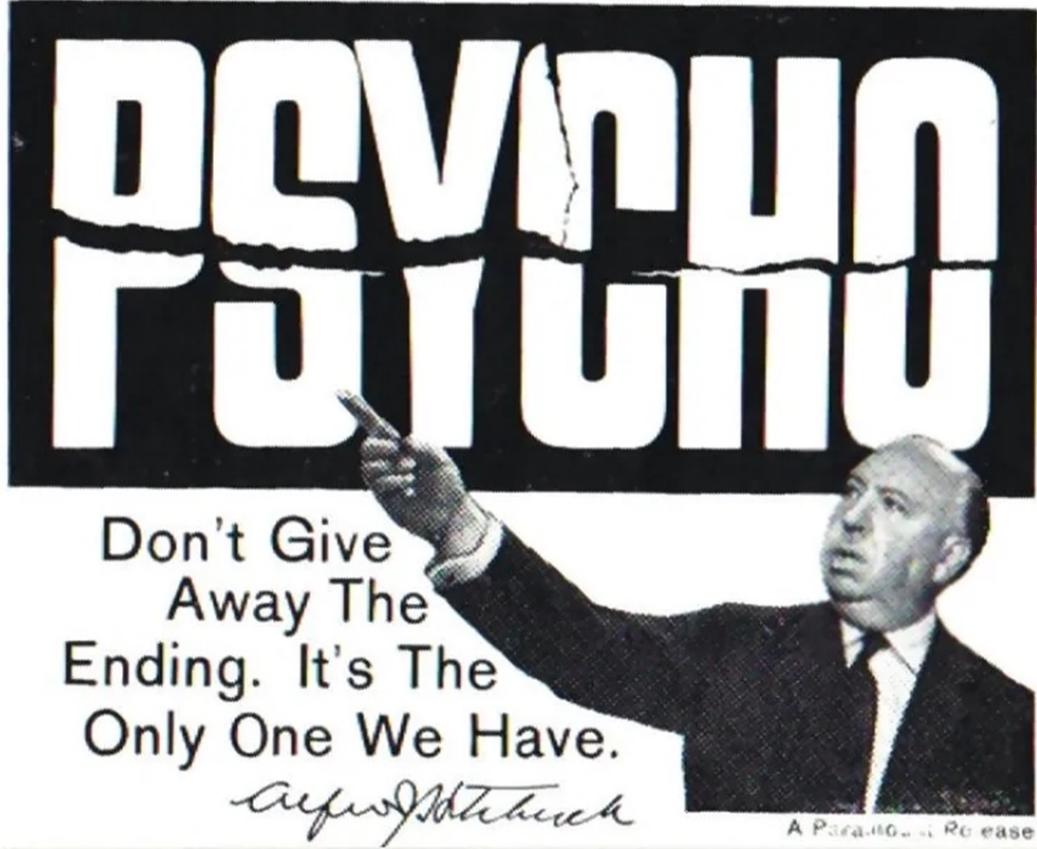
and
JANET
LEIGH

as
MARION
CRANE

Directed by
ALFRED
HITCHCOCK
Screenplay by
JOSEPH
STEFANO
A PARAMOUNT
Release

Hitchcock: el gran enemigo de los “destripes” (spoilers)

After You See



“Psicosis”: la técnica de los *red herring* (pistas falsas)

(François Truffaut, “El cine según Hitchcock”).

“En realidad, la primera parte de la historia [de Psicosis] es exactamente lo que se llama en Hollywood un ‘arenque rojo’ (*red herring*), es decir, un truco destinado a apartar su atención, con objeto de dar mayor intensidad al asesinato, para que resulte una sorpresa total (...).

Usted sabe que el público intenta siempre anticiparse a la acción, adivinar lo que va a pasar, y le gusta decirse: ‘¡Ah!, ya sé lo que va a pasar ahora’. Por tanto, no sólo hay que tener esto en cuenta, sino dirigir completamente los pensamientos del espectador. Cuantos más detalles damos del viaje en automóvil de la muchacha, más absorto se siente el espectador en su fuga, y por esta razón damos tanta importancia al motorista de la policía de gafas negras y al cambio de automóvil.

Luego Anthony Perkins describe a Janet Leigh la vida que lleva en el motel, cambian impresiones y, también ahí, el diálogo se relaciona con el problema de la muchacha. Se supone que ha tomado la decisión de regresar a Phoenix y devolver el dinero. Es probable que la parte del público que trata de adivinar, piense: ‘¡Ah, ya! Este muchacho intenta hacerle cambiar de opinión’. Se da vueltas y vueltas al público, **se le mantiene lo más lejos posible de lo que realmente va a suceder”**.

La “maldición del conocimiento” (“curse of knowledge”)

El experimento del ritmo de las canciones (“*tapping experiment*”)
(Elizabeth Newton, 1990)

- Separó a los sujetos en dos grupos, a los que encomendó papeles distintos: dar golpecitos (*tap*) o escuchar
- Cada golpeador rítmico tenía que elegir una canción muy conocida (p.ej. “Happy Birthday”) y dar golpecitos en una mesa siguiendo su ritmo. Quienes escuchaban debían adivinar la canción.
- Se hizo el experimento **120** veces.
- Antes de que los que escuchaban respondieran, Newton preguntó a los marcadores del ritmo que predijeran cuántos acertarían su canción: predijeron que acertarían en **60** canciones (**50%**)

Los que escuchaban adivinaron.....**3** canciones (**2,5%**)

“**Maldición del conocimiento**” (“*curse of knowledge*”): una vez que sabemos algo –como la melodía de una canción- nos resulta imposible pensar como si no lo supiéramos (no podemos “*unbite the apple of knowledge*”)

Por eso nos molesta que nos “destripen” una película o una novela

¿Qué relevancia tiene la “maldición del conocimiento” en el Derecho?

En los procedimientos judiciales y arbitrajes (y en otras ocasiones) hay siempre un **desfase** entre:

- Los hechos que han originado el litigio
- El momento en el que el juez o árbitro decide

Las partes o el Fiscal siempre le “**destripan**” al juez o árbitro el final de la “película”: el juez o árbitro “ven” siempre una película que ya alguien les ha “destripado”

Esa vision inevitablemente retrospectiva provoca en quien juzga tres frecuentes “**errores de retrospectiva**”:

- “**Ilusión retrospectiva (de previsibilidad)**” (*hindsight bias*): Sobreestimar *ex post* la previsibilidad *ex ante* del desenlace (e ignorar las “pistas falsas”)
- “**Falacia de la Guerra de los 30 años**”: Utilizar información *ex post facto*, desconocida por los protagonistas
- “**Falacia de la arboleda**” (o de Bentham): Percibir como hecho único una secuencia compleja de acontecimientos

La “fuerza hidráulica” de las ilusiones

(ej. Ilusión Müller-Lyer)



Por mucho que las miremos, la intuición (Sistema 1) nos seguirá diciendo que el segmento de arriba es más largo que el de abajo, aunque sepamos (Sistema 2) que son iguales

“Hindsight bias”

(“The effects of outcome knowledge on judgement under uncertainty”, Baruch Fischhoff, 1975)

Experimento sobre el desenlace probable de una batalla entre fuerzas británicas y los Gurkas de Nepal en 1810s

	¿Cuál era, a su juicio, la probabilidad de...?			
Información proporcionada a cada grupo sobre el resultado histórico “real”	Victoria Británica	Victoria Gurka	Tablas	Acuerdo de paz
Grupo 1: Sin información	33.8	21.3	32.3	12.3
Grupo 2: Victoria británica	57.2	14.3	15.3	13.4
Grupo 3: Victoria Gurka	30.3	38.4	20.4	10.5
Grupo 4: Tablas	25.7	17.0	48.0	9.9
Grupo 5: Acuerdo de paz	33.0	15.8	24.3	27.0

Hindsight bias

= **ex post**, una vez ocurrido un evento, tendemos sin darnos cuenta a exagerar su previsibilidad **ex-ante**.
(ilusión retrospectiva de previsibilidad)

- Estados Unidos: *“I knew it all along”, “Monday morning quarterbacking”, “20/20 hindsight vision” ...*
- Argentina: *“Con el diario del lunes, todos acertamos el caballo ganador”*
- España: *“A toro pasado, todos somos Manolete”*

Distorsión del recuerdo (*“Remembered Probabilities of Once-Future Things”, 1975*)

En otro experimento, aprovechando el viaje de Nixon a China en 1972, Fischhoff:

- Antes del viaje, pidió a los sujetos que atribuyeran probabilidades a 15 posibles resultados del viaje
- Después del viaje, les pidió que recordaran qué probabilidades habían atribuido a cada posibilidad

Una gran mayoría sobreestimó la probabilidad que habían atribuido a los resultados ocurridos

Hindsight bias: la “experiencia impresionante” de Calvo Sotelo

(“Presidentes”, Victoria Prego, Plaza & Janés, 2000)

“Hay una experiencia porque es impresionante”

Se va uno a la heme
fecha del **23 de febre**
hecho unas horas a
candidato se le repro
de esto, ni de lo otro
Nadie me dijo: “No h
nadie me dice: “Señ
militar?”. Es curiosísin

Ahora bien, el **24 de**
“ruido de sables”.

¡Qué bueno habría sido
oído un poco antes,
oyó porque estaba mal informado.



Hindsight bias

Tolstoi , “Guerra y Paz” (Volumen II)

“Sobre el desenlace de cualquier acontecimiento se hacen tantas hipótesis que, independientemente de su resultado, siempre habrá alguien que afirmará: `Yo ya dije que esto ocurriría así’, olvidando por completo que, entre las innumerables hipótesis, muchas eran totalmente contradictorias (...).

Los hechos nos muestran claramente que ni Napoleón había previsto el peligro que entrañaba avanzar hacia Moscú, ni Alejandro ni los jefes militares rusos pensaron en atraerlo hacia el interior del país, sino todo lo contrario.

Atraer a Napoleón no fue el resultado de un plan (nadie creía en semejante posibilidad), sino de un complicadísimo juego de intrigas, objetivos y deseos personales de todos cuantos participaron en la guerra, que no adivinaron que solo eso podía e iba a salvar a Rusia. Todo sucede por casualidad”.

Hindsight bias: el ataque a Pearl Harbor (*“Pearl Harbour. Warning and Decision”*, Roberta Wohlstetter, 1962)

Después del ataque (domingo 7-12-41), se comprobó que había habido “señales” anticipatorias

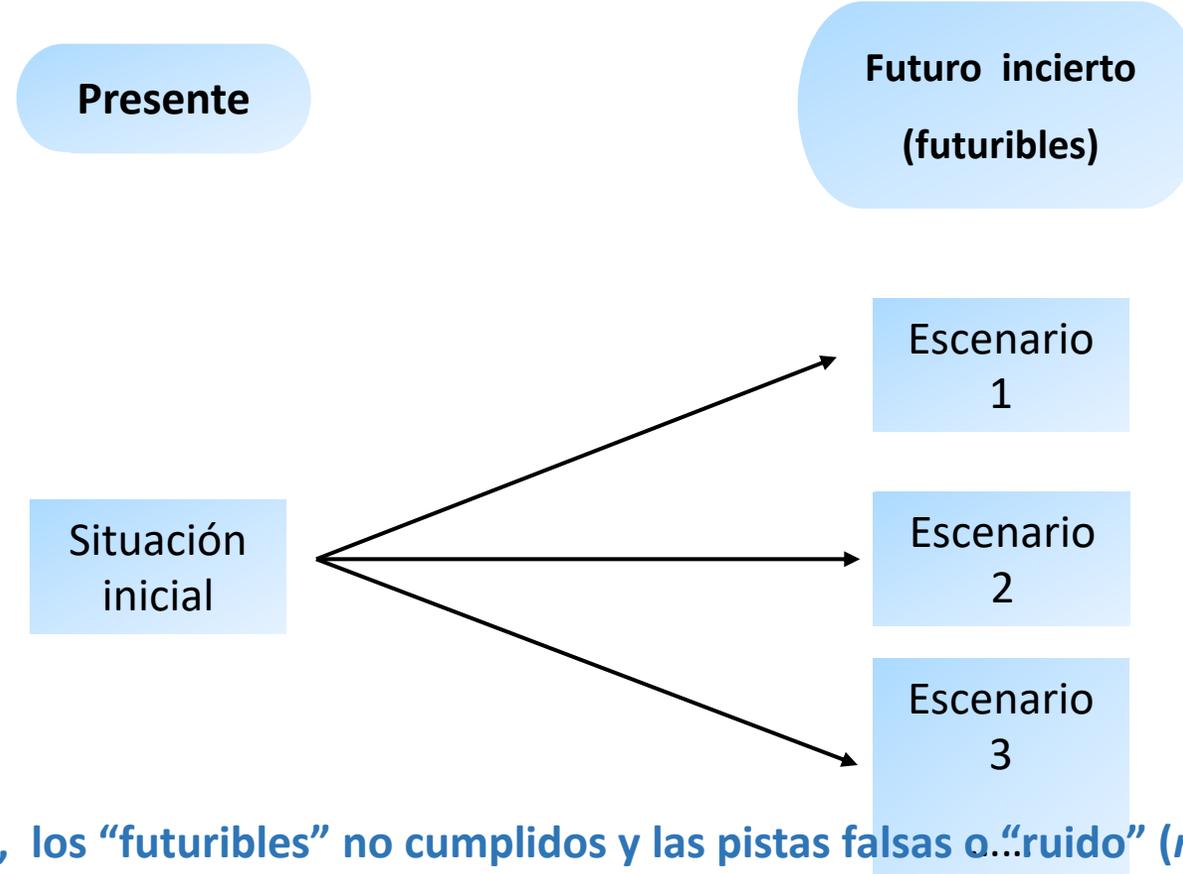
Algunos acusaron a Roosevelt de haber dejado que el ataque se produjera, para forzar la entrada de EEUU en la guerra

Pero el ataque constituyó una verdadera sorpresa, resultado de un fallo de los servicios de inteligencia, por varias razones:

- En Estados Unidos la preocupación esencial era el frente en Europa
- Estados Unidos esperaba que un ataque japonés se dirigiera contra territorio británico o las colonias holandesas
- No existía ninguna unidad que centralizara toda la información

“Nos sorprendió Pearl Harbor no por falta de informaciones relevantes, sino por la plétora de informaciones irrelevantes.

La apariencia de grave negligencia que constataron algunas investigaciones posteriores surgió de la **supresión inconsciente del cúmulo de señales que apuntaban en todas las direcciones**, salvo a Pearl Harbor”.



Las incertidumbres, los “futuribles” no cumplidos y las pistas falsas o..“ruido” (*noise*) resultan invisibles retrospectivamente

Tras el incendio del pajar, es muy fácil encontrar la aguja

Lo ocurrido nos parece siempre más “inevitable” de lo que fue

Falacia de la Guerra de los 30 años

Ortega y Gasset ,“La rebelión de las masas”

“[Hay historiadores que] suponen que Vercingétorix o el Cid Campeador querían ya una Francia desde Saint-Malo a Estrasburgo -precisamente- o una *Spania* desde Finisterre a Gibraltar.

Estos historiadores hacen, como el ingenuo dramaturgo, que sus héroes partan para la guerra de los Treinta Años”.

David H. Fischer, *Historians' fallacies* (1970)

“Querido diario, la Guerra de los 100 años comenzó hoy”.

El sesgo retrospectivo en las decisiones arriesgadas

- Teoría del “acuerdo obsolescente” (“*obsolescing bargain*”) (Raymond Vernon, “*Sovereignty At Bay*” 1964)
 - Un proyecto arriesgo de inversión en un país emergente sólo se acometerá si su rentabilidad potencial *ex ante* es muy alta y compensa el riesgo.
 - Pero si, contra pronóstico, el proyecto tiene éxito, su elevada rentabilidad se considerará un “robo” por las autoridades del país anfitrión, que expropiarán la inversión o la gravarán como otras medidas de efecto confiscatorio.

Motivo: tras el éxito del proyecto, se minusvalorará *ex post* el riesgo inicial corrido por sus promotores

- Si un Gobierno vende activos o privatiza empresas poco antes de que se inicie un *boom* (ej. Miguel Boyer, en 1983-1984), será acusado *ex post* de amiguismo por “regalar” los bienes vendidos.

El sesgo retrospectivo en Derecho

- **Patentes:** una vez hecho el descubrimiento, su novedad puede ser infra-estimada.
- **Responsabilidad por negligencia profesional:** el acusado puede ser considerado negligente a pesar de haber actuado con suficiente diligencia (e.g. radiólogo que no detectó un pequeño tumor, cuyo trazo resulta luego visible para quien sabe dónde buscarlo).
- **Responsabilidad por productos defectuosos:** una vez descubierto el defecto, podemos sobre-estimar su previsibilidad.
- **Acción rescisoria concursal:** el Juez del concurso puede considerar fraudulenta una operación de un tercero con el concursado por el simple hecho de que se celebró antes de que entrara en concurso.
- ***Deberes de revelación (disclosure):*** el vendedor de una empresa puede ser acusados de no haber revelado en su momento al comprador de la empresa un hecho o riesgo al que inicialmente no atribuyeron relevancia, pero que más tarde tuvo consecuencias graves y provocó una pérdida de valor de la compañía.
- ***Financial mis-representation/mis-selling:*** tras una crisis financiera imprevista, una institución puede ser acusada de no informar adecuadamente o de estafar a sus clientes en la colocación de un activo que perdió mucho valor de forma imprevista.
- ***Reverse hindsight:*** una advertencia escrita poco visible en el contrato puede ser invocada retrospectivamente por la entidad financiera para alegar que advirtió adecuadamente al cliente de los riesgos (aunque la información oral que se le dio fuera, en la práctica, muy tranquilizadora).

Estados Unidos: doctrinas para evitar errores de retrospectiva

- Doctrina del “*Fraud by Hindsight*” (“ilusión retrospectiva de fraude”)

Formulada por los jueces americanos Henry Friendly (*Denny v. Barber*, 1978) y Richard Easterbrook (*Di Leo v. Ernst&&Young*, 1990).

= cuando se alega ocultación maliciosa de información relevante, el demandante debe proporcionar indicios **contemporáneos** del dolo del acusado

- “*Business Judgement Rule*” (“protección de la discrecionalidad empresarial”, art. 226.1 TR LSC): los jueces no deben enjuiciar el eventual fracaso de una decisión empresarial que se tomó de forma razonable (i.e. sin conflicto de interés, de buena fe, con información suficiente y un procedimiento adecuado).

- Evita el “*outcome bias*” (sesgo de resultado)

- Regla 407 de las *Federal Rules of Evidence (Subsequent Remedial Measures)*: son inadmisibles como prueba de negligencia las medidas o remedios que se adoptaron tras un accidente

Regla 407 (*Subsequent Remedial Measures*)

“When measures are taken that would have made an earlier injury or harm less likely to occur, evidence of the subsequent measures is not admissible to prove:

- negligence;
- culpable conduct;
- a defect in a product or its design; or
- a need for a warning or instruction”.

Origen: *Hart v. Lancashire & Yorkshire Ry. Co.* (1869)

Baron Channel: ““*It is not because the defendants have become wiser, and done something subsequently to the accident, that their doing so is to be evidence of any antecedent negligence.*”

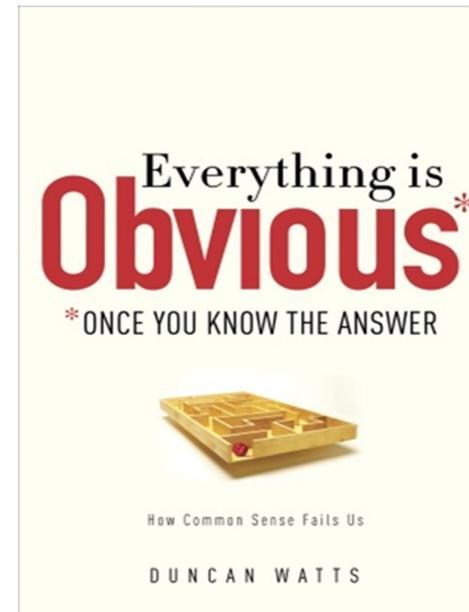
El error suele expresarse con la frase atribuida al barón Bramwell: “El que mundo gane en sabiduría con los años [no] demuestra que fuera antes insensato” (“*because the world gets wiser as it gets older, therefore it was foolish before*”).

Subsequent Remedial Measures: casos reales

Testimonio de un curtido perito británico de los Demandantes en un arbitraje sobre daños causados por el mal diseño de una máquina (que la empresa de ingeniería demandada había corregido a su propia costa)

“El éxito de los posteriores diseños confirma que se habría podido lograr un diseño adecuado desde el principio. En otras palabras, el hecho de que un problema del diseño de la máquina fue solucionado más tarde confirma, por sí mismo, que el problema era previsible y evitable desde el principio, y demuestra la **grave negligencia** del suministrador”.

¡No! ¡Grave error!



Subsequent Remedial Measures: casos reales (y II)

Caso CPA N° 2019-17, Antonio del Valle Ruiz y Otros c. el Reino de España, Laudo Final, párrafo 572

« Las Demandantes argumentan que el hecho de que España no impusiera una prohibición de las ventas en corto de las acciones del Banco Popular constituyó una vulneración del estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE) (...) Mantienen también que fue discriminatoria debido a que España le dio un trato al Banco Popular diferente al que ofreció al Liberbank, con respecto al cual *había implementado* una prohibición de las ventas en corto en circunstancias similares ».

¡No! ¡Grave error!

En su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes ya habían señalado que la prohibición por la CNMV de posiciones cortas sobre acciones de Liberbank se produjo **una semana después** de la resolución del Banco Popular.

España: el sesgo retrospectivo en la doctrina

Jaime Alonso Gallo (*“Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal”*, en *“Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI”*, 2006).

"Por mucho que la valoración *ex ante* del hecho constituya uno de los axiomas de la moderna dogmática penal, es difícil desembarazarse de las consecuencias nefastas del [sesgo de retrospectiva]. **El Juez valora los hechos después de ocurridos** y buena parte del material probatorio que tiene ante sí procede de la investigación de los hechos tras producirse éstos. Al Juez le resulta muy complicado ponerse en la situación del acusado en el momento de producirse los hechos, ya que carece de la información necesaria para realizar tal ejercicio intelectual... Si ello no fuera suficiente, **el sesgo retrospectivo afecta igualmente a los profesionales que valoran, *ex post facto*, la actuación de otro profesional**". De ahí la tendencia "a considerar, partiendo del conocimiento de las consecuencias [de un hecho pasado], que tales consecuencias eran previsibles desde el principio".

Arturo Muñoz Aranguren, actualmente magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Reus (Tarragona).

“Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 4, 2019.

Ignacio Sancho Gargallo, magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

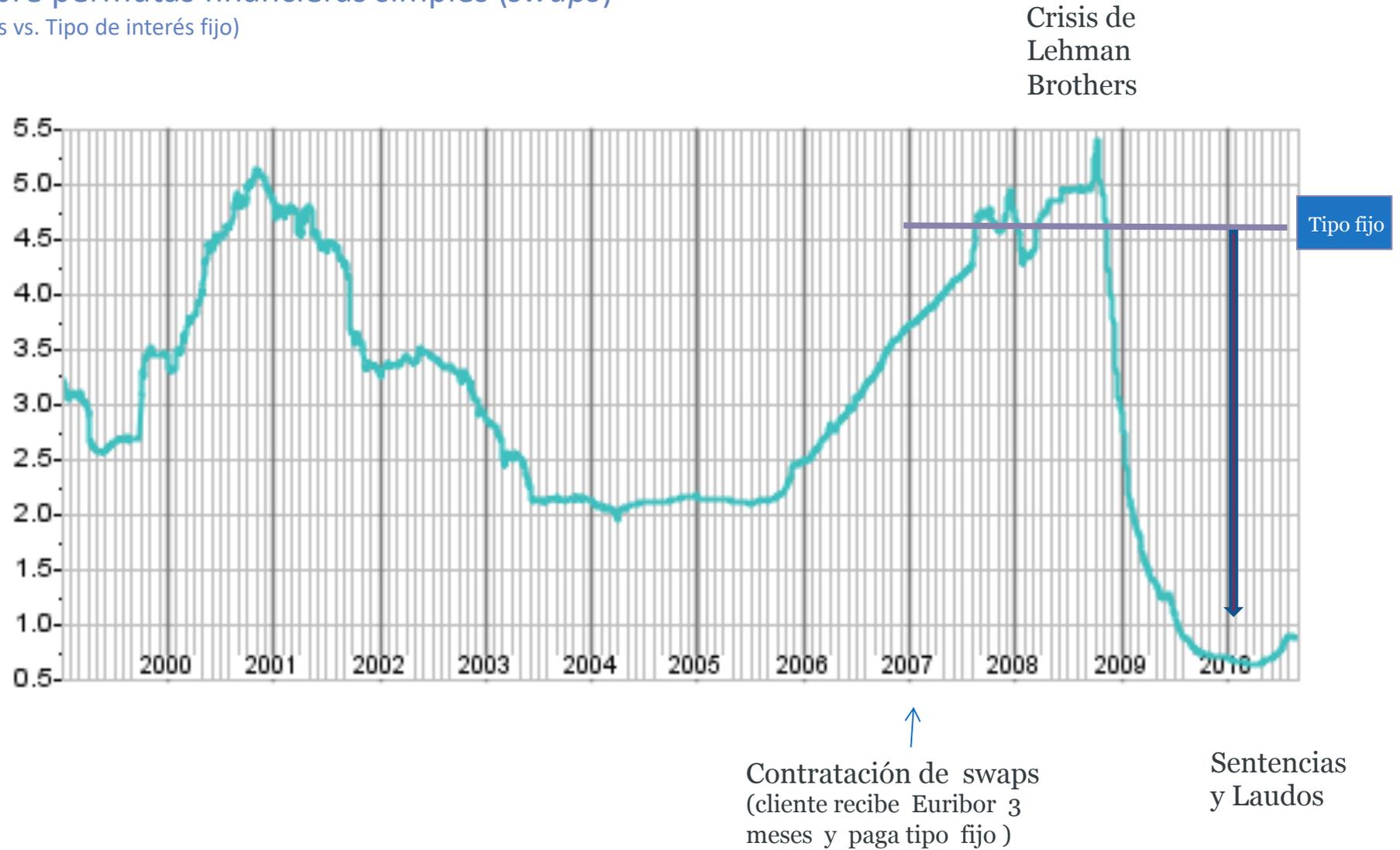
“El arte de juzgar y las dificultades para encontrar la solución más justa”, discurso de aceptación de doctorado *honoris causa* por la Universidad de Zaragoza, 10 de noviembre de 2022.

*“Ex post, una vez ocurrido un evento, sin darnos cuenta, tendemos a exagerar su previsibilidad *ex ante*. Las incertidumbres son invisibles retrospectivamente”*.

España: errores judiciales provocados por “sesgo retrospectivo” (I)

Disputas sobre permutas financieras simples (*swaps*)

(Euribor a 3 meses vs. Tipo de interés fijo)



España: errores judiciales de retrospectiva (I)

Disputas sobre permutas financieras simples (*swaps*)

SAP Pontevedra, 2010

“Las entidades bancarias disponen de la ventaja de contar con recursos económicos y medios tanto personales como materiales para poder tener un privilegiado conocimiento técnico del mercado financiero, que vienen a aprovechar para ofrecer a sus potenciales clientes aquellos productos que les permiten obtener la mayor rentabilidad y que, concretamente, en el caso de los contratos de permuta de tipos de interés litigiosos, de evidente carácter aleatorio, en que **la expectativa para los entendidos, a la postre convertida en realidad, de un desplome en la evolución de los tipos de interés** y, por ende, del índice referencial del Euribor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, **ajenos a tales previsiones bajistas**, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión”

España: errores judiciales de retrospectiva (II)

STS 241/2013, de 9-5, de Pleno, sobre cláusulas-suelo

Fecha del préstamo	Tipo inicial (%)	Período de tipo de interés variable		
		Margen sobre Euribor (puntos)	Tipo mínimo del préstamo (%)	Tipo máximo del préstamo (%)
24-07-2008	6,35	1,25	2,5	12
26-10-2007	6,15	1	3,5	15
01-10-2008	6,35	1,5	4	15
10-12-2007	5,17	0,60	2,85	
26-07-2005 (novación)	3	1,5	2,75	10
31-03-2007 (novación)	3,41	0,5	3,25	15

- "Lo **elevado del suelo** hacía previsible para el prestamista que **las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo**" (p.224)
- "Al entrar en juego una **cláusula suelo previsible para el empresario**, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo **variable exclusivamente al alza**" (p.264)
- [Las cláusulas suelo] crean la **apariencia de un contrato de préstamo a interés variable** en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero" (p. 296 a).

"En definitiva, las cláusulas analizadas **no son transparentes** ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que el concreto perfil de cliente no se le oferta las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor" (p.225).

La sentencia se basa en un **error de hecho patente sobre variabilidad del tipo**, pero peca también de "**sesgo retrospectivo**": otorga en 2013 a los suelos la misma relevancia que tenían en 2007-2008, mucho menor.

España: errores judiciales de retrospectiva (III)

SAP Sevilla 19-11-2019 y STS 749/2022, de 13-9

Condena a Griñan *et al* por **malversación** (¡ojo!: bien condenados todos por prevaricación)

2002: La Intervención advierte que las "transferencias de financiación" se estaban **utilizando indebidamente** para pagar subvenciones cuya gestión correspondía a la Dirección General de Trabajo.

Informe Adicional, julio de 2005: Intervención detecta múltiples "**deficiencias**" (imputación presupuestaria inadecuada, falta solicitud de la subvención, no consta su autorización...) y concluye que la Dirección General "ha tramitado subvenciones excepcionales **prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo** establecido".

Ni el Informe Adicional ni ningún otro hicieron nunca referencia a "circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar el menoscabo de fondos públicos".

La Intervención siguió **fiscalizando sin reparo** las transferencias de financiación a IFA-IDEA e informó **favorablemente** múltiples ampliaciones de su crédito presupuestario.

La SAP absolvió al Interventor de la Junta, pero condenó por **malversación** a Griñán y a otros 4 altos cargos

Fundamento: "La gravedad de la situación creada como consecuencia de la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA y **las actuaciones que se llevaron a cabo por los encausados de la Consejería de Empleo necesariamente debieron ser conocidas por los [cinco] encausados**".

España: errores judiciales de retrospectiva (III)

SAP Sevilla 19-11-2019 y STS 749/2022, de 13-9

Voto discrepante de 2 magistradas:

"No cabe instrumentalizar el dolo eventual para solventar los déficits de prueba de cargo relativa a la autoría delictiva".

"Resulta perfectamente factible que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo confiaran en que los integrantes de esta que ejecutaban el presupuesto en su fase final no se iban a dedicar a defraudar y dilapidar el patrimonio público en beneficio ilícito de terceros o de ellos mismos. Desde luego no se aportan indicios por parte de la Audiencia que evidencien el conocimiento de la existencia de un peligro concreto en esa dirección".

"Si con respecto a la conducta del Interventor General no se pudo apreciar la existencia de un dolo eventual con relación al menoscabo o quebrantamiento del patrimonio público en el tramo final de la ejecución del presupuesto, a pesar de ser la persona que ostentaba una posición sumamente privilegiada para conocer las diferentes ilegalidades integrantes del delito de prevaricación, solo cabe concluir señalando que, cuando menos, las mismas o mayores razones parecen concurrir para no atribuirles a los cinco encausados ajenos a la Consejería [de Empleo] el conocimiento propio de un dolo eventual ni la asunción del resultado inherente a la conducta malversadora".

Recepción por la jurisprudencia española de la doctrina sobre “errores de retrospectiva”

STS (Sala 1ª) de 21-11—2012 (nulidad de un *swap por vicio de consentimiento*)

- “Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, **en el momento de la perfección o génesis de los contratos**.”
- Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de **meros eventos posteriores** a la generación de aquéllas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano”.
- “En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró producido un error por omisión de información referida a la fluctuación al alza que sufrió el Euribor en el segundo semestre del año 2006, **más de un año después de celebrados los contratos litigiosos**. Sin embargo, no se aportan datos que permitan entender imputada [al banco] una **ocultación maliciosa** de tal información, en cuyo caso debería hablarse de dolo omisivo”.

STS (Sala 2ª) 867/2015, de 10 de diciembre

El Tribunal analizó si había estado fundamentada en suficientes indicios un auto judicial que autorizó una intervención telefónica entre los acusados, en la que se interceptaron conversaciones que confirmaron los indicios de actividad delictiva de los acusados.

El Tribunal Supremo, tras un escrupuloso análisis *ex ante* del material indiciario en poder del juez instructor en el momento de adoptar la medida, llegó a la siguiente conclusión:

“Una estimación ponderada, analítica y despojada de los **sesgos cognitivos anudados a los resultados positivos de la investigación** (de los que hemos de hacer abstracción) nos conducen a negar que los datos recopilados policialmente y puestos en conocimiento de la autoridad judicial constituyesen las buenas y fundadas razones indispensables para una medida de ese calibre”.

STS (Sala 1ª) 93/2017, de 15 de febrero Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

El TS debía decidir si estaba fundada una acción de rescisión concursal contra un acuerdo de refinanciación con uno de sus acreedores (con quita del 25%, rebaja sustancial del tipo de interés y alargamiento de plazos) que había acordado una cooperativa que atravesaba por una delicada situación financiera y más tarde acabó en concurso.

El TS confirmó la desestimación de la acción concursal, que la AP había fundado en que el acuerdo había sido razonable y se había basado en parámetros razonables, y afirmó:

“...sin que debamos guiarnos por el **sesgo retrospectivo** que proporciona el resultado final, la frustración perseguida con la refinanciación. El enjuiciamiento no puede ser *ex post facto*, en función de los resultados, sino que debe realizarse de acuerdo con la información de que se disponía entonces, cuando se adoptó el acuerdo, bajo parámetros de razonabilidad y de manera objetiva”.

STS (Sala 1ª) 669/2017, de 14 de diciembre Ponente: D. Pedro José Vela Torres

El TS analizó si debían considerarse abusivas la cláusula de un préstamo hipotecario a tipo de interés variable concertado en 2007 y referenciado al denominado “Índice de referencia de préstamos hipotecarios” (IRPH), un tipo de interés oficial, publicado por el Banco de España, que, durante los años posteriores de la Gran Crisis Financiera, no bajó tanto como el Euribor, el tipo de referencia utilizado en muchos otros préstamos hipotecarios.

La Audiencia Provincial de Álava había declarado la cláusula abusiva, por falta de transparencia, porque “estamos seguros de que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial”.

El TS advirtió que en 2004-2007, antes de la concesión del préstamo, el IRPH y el Euribor se habían movido en paralelo y casó la sentencia con el argumento, entre otros, de que

“la Audiencia tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPF, pero (...) dicha circunstancia se hace desde un **sesgo retrospectivo** que no puede servir de pauta para el control de transparencia”.

La “falacia de la arboleda”

Jeremy Bentham (“Falacias políticas”)

“La exagerada admiración que profesamos a algunas épocas pasadas deriva de que nuestra mente nos presenta ‘en tropel’, como si fueran una sola, acciones acaecidas a lo largo de varios siglos, y nos oculta los largos intervalos que transcurrieron entre ellas, igual que una arboleda, que se aparece de lejos como una masa espesa e impenetrable, resulta estar compuesta, vista de cerca, de troncos muy separados”.

Caso real:

Una constructora gana en diciembre de 2007 la licitación de una gran obra plurianual con pago aplazado (“método alemán”), no concierta de inmediato su financiación bancaria y en marzo de 2009 invoca la cláusula “*rebus sic stantibus*” como consecuencia de “la crisis financiera internacional”, alegando que dicha crisis le ha impedido financiar la obra.

¿Dónde está la “falacia de la arboleda”?

- La quiebra de Lehman Brothers se produjo en septiembre de 2008
- Entre diciembre de 2007 y septiembre de 2008 (**10 meses**) la constructora pudo haber obtenido financiación (pero la rechazó porque no le gustaban las condiciones)

La “falacia de la arboleda”: caso Bankia

- Las sentencias de la jurisdicción civil consideraron demostrado que el folleto de emisión contenía inexactitudes y falsedades, pues no cabía explicar de otra forma que la entidad tuviera que ser rescatada en mayo de 2012, poco más de un año después de marzo de 2011, fecha de los estados financieros en los que se basó el folleto de la salida a Bolsa, ocurrida en julio de 2011.
- Por fortuna, en la jurisdicción penal, tanto la SAN 13/2020, de 29 de septiembre, como la STS 839/2022, de 24 de octubre, hilaron más fino e incluyeron, entre otros, este párrafo:

“La situación económica de nuestro país durante el último trimestre de 2011 y primer semestre de 2012 fue de auténtica crisis, **mutándose los datos que se manejaban en el momento de la salida a Bolsa de Bankia**, que era positiva, consecuencia de la tenue recuperación de la economía española en la primera mitad de 2011, se debilitó a partir de los meses estivales y cambió de signo en el último trimestre, tornándose negativa. A finales del 2011 la economía española se adentró en una **segunda recesión**, menos intensa pero más prolongada que la primera -que tuvo lugar entre la segunda mitad del 2008 y finales del 2009. [Según el informe del Banco de España de 2017] en 2011 se produjo el mayor **error de previsión**, definido como la diferencia entre la estimación final del PIB y las previsiones económicas efectuadas en primavera del mismo año del que se tiene constancia en tiempos recientes para el caso del FMI, la Comisión Europea, la OCDE y el Banco de España, que fue incluso superior al que se había registrado en 2008 (primera recesión)”.

Conclusión

Al juzgar conductas pasadas, cuyo desenlace ya nos han “destripado”, debemos evitar tres **“errores de retrospectiva”**:

- **“Ilusión (retrospectiva) de previsibilidad”** (*hindsight bias*) (=sobreestimar *ex post* la previsibilidad *ex ante* del resultado)
- **“Falacia de la Guerra de los 30 años”** (=utilizar información *ex post facto*)
Varias SSTS (Sala 1ª) recientes usan el término “sesgo retrospectivo” en este sentido
- **“Falacia de la arboleda”** (= tratar como hecho único y simple una compleja secuencia de acontecimientos)

¿Cómo explicar que nuestra mente cometa errores sistemáticos?

Si los “sesgos cognitivos” (*overconfidence, group bias...*) no hubieran tenido utilidad o “valor adaptativo” para la especie humana, el proceso evolutivo habría hecho que desaparecieran.

(**Dominic D. P. Johnson**, “*Strategic Instincts. The Adaptive Advantages of Cognitive Biases in International Politics*”, Princeton University Press, 2020)

El *hindsight bias* es una secuela del proceso continuo de actualización de información por el cerebro

(**Gert Gigerenzer** et al. “*Hindsight bias: a by-product of knowledge updating?*”, Journal of Experimental Psychology, Learning Memory and Cognition, nº 26/3, junio 2000)

Mi interpretación:

El cerebro es una máquina eficiente que aprende con rapidez y nos ayuda a afrontar el **futuro** (sobrevivir)
La evolución no diseñó nuestro cerebro para juzgar conductas **pasadas** de otros homínidos.

Por eso, no tiene “memoria histórica”: es como una base de datos legislativa que actualiza con rapidez la normativa, pero no guarda registro histórico de las normas vigentes en cada período; no tiene “profundidad de campo”: nos proporciona una imagen que refleja en un mismo plano objetos muy distantes y nos hace ver “constelaciones” ficticias.

Consecuencia: la “falacia de la esvástica” (o de la “culpabilidad por mera asociación”)

Peligro que acecha cuando juzgamos a personas que tuvieron relación con un malhechor (ej. Jeffrey Epstein, Luis Pineda, Marcial Dorado...): atribuirles "culpabilidad por mera asociación" (*guilt by association*), es decir, extender de forma **automática** la culpabilidad de quien ha cometido un delito o hecho reprobable a quienes tuvieron algún trato con él (¡o se hicieron una foto con él!), incluso aunque:

- desconocieran sus conductas delictivas
- las conductas delictivas se produjeran con posterioridad



Pila bautismal, iglesia de Sta. María de la Torre, Jarandilla de la Vera (Cáceres)



Puerta en cancela del Miguelete (Valencia)

Bibliografía esencial

- **Arturo Muñoz Aranguren**, “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2019 (disponible en <https://indret.com/retorno-al-pasado-el-sesgo-retrospectivo-desde-la-perspectiva-juridica/>)
- **Ignacio Sancho Gargallo**, “El arte de juzgar y las dificultades para encontrar la solución más justa”, discurso de aceptación del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Zaragoza, 10 de noviembre de 2022 (disponible en <https://honoris.unizar.es/hc/ignacio-sancho-gargallo>).
- **Manuel Conthe Gutiérrez**, “La maldición de conocer el resultado (o el proceso como película destripada”, en el Libro-Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (disponible en breve en <https://manuelconthe.com/articles-on-arbitration/>)
- **Manuel Conthe Gutiérrez**, “*Time-travel riddles in the assessment of damages*” *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2020 (disponible en <https://manuelconthe.com/wp-content/uploads/2020/04/Time-travel-riddles-in-the-assessment-of-damages-Austrian-Yearbook-on-International-Arbitration-2020.pdf>)

Errores de retrospectiva en sentencias y laudos

(o la maldición de conocer el desenlace)

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

<https://www.expansion.com/blogs/conthe/>

FIDE

Madrid, 11 de enero de 2024