

La maldición de conocer el resultado

O el proceso como película destripada

Manuel Conthe

Árbitro

I.	LAS ENSEÑANZAS DE HITCHCOCK.....	1
II.	LA MALDICIÓN DEL CONOCIMIENTO	2
III.	<i>RED HERRINGS</i> (PISTAS FALSAS) Y RUIDO.....	3
IV.	ERRORES DE RETROSPECTIVA	7
V.	“HINDSIGHT BIAS” (o “ilusión retrospectiva”).....	10
	A. Origen.....	10
	B. Doctrina y jurisprudencia estadounidenses	12
VI.	« FALACIA <i>EX POST FACTO</i> » (o « de la Guerra de los 30 años »)	15
VII.	« FALACIA DE LA ARBOLEDA »	18
VIII.	ERRORES DE RETROSPECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	20
	A. Sentencias sobre swaps de intereses.....	20
	B. Cláusulas suelo.....	21
	C. Sentencia de los ERE : la condena por malversación.....	22
IX.	LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA DOCTRINA SOBRE LOS ERRORES DE RETROSPECTIVA.....	26
X.	CONCLUSIÓN	29

I. LAS ENSEÑANZAS DE HITCHCOCK

El gran director de cine estadounidense Alfred Hitchcock fue un vehemente enemigo de que quienes habían visto sus películas se las “destriparan”¹ a quienes todavía no lo habían hecho. Por eso, en 1960, con ocasión del estreno de su película “Psicosis”, utilizó grandes carteles publicitarios que decían: “Después de ver ‘Psicosis’ no cuente el final. Es el único que tenemos”; y “Si no puede guardar un secreto, por favor manténgase lejos de la gente después de ver ‘Psicosis’”. También se hizo célebre su exigencia de que los cines donde se exhibía no dejaran entrar a ningún espectador después de iniciada la sesión: logró así, como muestran los

¹ El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia incluye entre las acepciones del verbo “destripar” la coloquial de “interrumpir el relato que está haciendo alguien de algún suceso, chascarrillo, enigma, etc., anticipando el desenlace o la solución”. Por eso, me parece absurdo sustituir el tradicional y sencillo verbo “destripar” por el horroroso y barroco anglicismo “hacer *spoiler*”, utilizado con frecuencia en España por quienes conocen mal el castellano.

noticieros de la época, que se formaran en los cines grandes colas de espectadores, ávidos por entrar a tiempo en la sala, lo que aumentó la notoriedad de la película.

Hitchcock justificó su estratagema en que la teórica protagonista, papel interpretado por la actriz Janet Leigh, era asesinada pronto, lo que constituía una sorpresa para el espectador que había que mantener a rajatabla en secreto, para que mantuviera su efecto en sucesivas sesiones.

La pregunta que, a mi juicio, resulta relevante para los juristas, los jueces y todos los profesionales del arbitraje y del procedimiento civil o penal -como era el caso de Miguel Ángel Fernández Ballesteros, tan gran árbitro como procesalista- es: ¿por qué nos molesta que alguien nos destripe el desenlace de una película o de una novela? ¿no podemos acaso hacer abstracción de lo que nos han contado y disfrutar con ojos ingenuos del espectáculo, como si no conociéramos el final?

La respuesta está en un fenómeno bastante obvio, pero de extraordinaria trascendencia jurídica, que los psicólogos y economistas estadounidenses bautizaron como “*the curse of knowledge*”, esto es, “la maldición del conocimiento”.

II. LA MALDICIÓN DEL CONOCIMIENTO

El término *curse of knowledge* lo acuñaron en 1989 tres economistas, Colin Camerer, George Loewenstein y Martin Weber² cuando descubrieron que las “asimetrías informativas” entre las dos partes en una transacción (como el vendedor de un coche usado, que sabe más que el comprador sobre su verdadero estado; o el del trabajador que aspira a un puesto, que sabe más de sí mismo que quien está considerando contratarle) eran menos perturbadoras que lo que había supuesto George Akerlof, el Premio Nobel de Economía que estudió cómo tales asimetrías podían poner en entredicho la existencia de mercados de coches de segunda mano, porque al final solo se venderían los coches en peor estado (*lemons*, en la expresión coloquial en Estados Unidos). La razón por la que, según Camerer y sus colegas, esa asimetría informativa no era, en la práctica, tan dañina como había supuesto Akerlof está en que la parte mejor informada tendrá dificultad para ponerse en la posición de la peor informada y, sin darse cuenta, ofrecerá un precio que reflejará, al menos en parte, la información que solo ella tiene.

Camerer y sus colegas demostraron empíricamente la existencia de esa “maldición” mediante varios experimentos alambicados y complejos. Pero poco después la psicóloga Elizabeth Newton la corroboró en su tesis doctoral³ con un experimento muy sencillo, en el que un jugador -el *tapper*- debía elegir una canción muy popular, conocida por todos (p.ej. “*Happy Birthday*” o “*Yankee Doodle*”) y dar golpecitos en una mesa siguiendo su ritmo, para que su pareja de juego -el *listener*- intentara adivinar el nombre de la canción.

La prueba se hizo 120 veces. La gracia estuvo en que, antes de que los que escuchaban respondieran, Newton preguntó a los marcadores del ritmo que predijeran cuántos acertarían su canción. Y ahí fue donde saltó la “maldición del conocimiento”: los *tappers* predijeron que los

² Colin Camerer, George Loewenstein y Martin Weber, “*The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis*”, *Journal of Political Economy*, 1989, Vol. 97, Issue 5, pp.1232-54.

³ Elizabeth Louise Newton, Ph.D., “*The rocky road from actions to intentions*”, Stanford University, 1990. Véase también, Lee Ross y Andrew Ward, “*Naive Realism in Everyday Life: Implications for Social Conflict and Misunderstanding*”, pp.114-115, disponible en https://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/15341_Readings/Negotiation_and_Conflict_Management/Ross_Ward_Naive_Realism.pdf

listeners acertarían en 60 canciones (es decir, el 50%). Pero tan solo acertaron en 3 ocasiones (es decir, el 2,5% de los casos).

Así pues, quienes sabían de qué canción se trataba, los *tappers*, sobreestimaron groseramente la capacidad de adivinarla de quienes no lo sabían, los *listeners*. He ahí la “maldición”: su conocimiento de qué canción se trataba les impedía imaginarse el mar de dudas en que estaba sumido quien tenía que adivinarla.

III. RED HERRINGS (PISTAS FALSAS) Y RUIDO

La obra de Hitchcock fue muy anterior al experimento de Newton, pero el gran director de cine sabía que el espectador de una película de intriga ocupa una posición similar a la de los *listeners* de Newton: partiendo de los indicios y pistas que el director le va suministrando, el espectador se afana por adivinar no el nombre de la canción, sino el desenlace de la película y quién es el culpable. La gran diferencia entre Hitchcock y los *tappers* de Newton es que mientras que estos actuaban de buena fe, reproduciendo fielmente la secuencia rítmica de la canción, el gran director de cine iba sembrando de *red herrings* (pistas falsas) la película, para que el espectador hiciera conjeturas equivocadas y quedara finalmente deslumbrado por el imprevisto desenlace. En una entrevista con François Truffaut, describió así esa estratagema:⁴

“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”.

¿Por qué resulta relevante en Derecho la “maldición del conocimiento” y los *red herrings* (pistas falsas)?

La razón está en que los procedimientos judiciales, los arbitrajes y muchos otros procedimientos administrativos siempre versan sobre hechos pasados cuyo desenlace ya es conocido cuando el juez, el árbitro o la autoridad administrativa (en adelante, “el juzgador”) tienen que enjuiciar la conducta de sus protagonistas.

Así pues, el juzgador “ve” una película que ya le han “destripado”, pero tendrá que enjuiciar la conducta de sus protagonistas, que desconocían el desenlace. Y no solo lo desconocían: al igual que los espectadores de las películas de Hitchcock, vivían en la incertidumbre, rodeados de múltiples “pistas” sobre el futuro, a las que prestaban gran atención, pero que a menudo resultarían falsas (*red herrings*) y estarían muy alejadas de lo finalmente ocurrido.

⁴ François Truffaut, “El cine según Hitchcock”, Alianza Editorial, 5ª edición, 2010, p.285-286.

El verdadero problema está en que, una vez que conocemos el desenlace efectivo de la película o de los acontecimientos, las pistas falsas (*red herrings*) desaparecerán como por ensalmo -las olvidaremos, nadie se acordará ya de ellas-, y nos quedaremos solo con lo que efectivamente acaeció. Precisamente por eso, quien nos destripa una película cambia de forma decisiva la naturaleza de nuestra percepción: ya no podremos disfrutar la novela o la película desde la incertidumbre, tratando de adivinar de entre las múltiples pistas e informaciones del momento aquella que nos guiará hacia el desenlace final.⁵

Ese radical cambio de perspectiva entre el pasado -tal y como lo vivimos- y nuestro recuerdo desde el presente explica, a mi juicio, por qué somos tan proclives a añorar el pasado: pues al borrar las preocupaciones y temores que pesaban sobre quienes lo vivían en directo, nuestra mirada retrospectiva nos trae a la memoria un recuerdo claro y sosegado, lleno de certezas, que edulcora la experiencia tal y como se vivió. Así, filtrado el desasosegador efecto de la incertidumbre, el pasado se nos aparece más feliz de lo que en realidad fue.

Algunas novelistas e historiadores han descrito con agudeza esa incertidumbre, invisible retrospectivamente, en los protagonistas del pasado.

Así, en la Segunda Parte del Libro III de “Guerra y Paz”, León Tolstoi escribió sobre la derrota de Napoleón en Rusia:⁶

“En los tratados de historia sobre el año 1812 los autores franceses son muy dados a afirmar que Napoleón era consciente del peligro que entrañaba extender sus líneas; que buscaba el combate; que sus mariscales le aconsejaron detenerse en Smolensk, y aportan otros argumentos similares para demostrar que ya entonces se intuía el peligro de la campaña. Por su parte, los autores rusos son aún más dados a afirmar que desde el inicio de la campaña existía un plan de guerra escita para atraer a Napoleón hacia el interior de Rusia, y algunos atribuyen ese plan a Pfuel, otros a cierto francés, otros a Tolly y otras al propio emperador Alejandro, para lo cual hacen referencia a memorias, proyectos y cartas en los que, efectivamente, encontramos alusiones a este modo de enfocar la campaña. Sin embargo, todas estas alusiones que preveían lo que iba a ocurrir, tanto por parte de los franceses como de los rusos, hoy en día destacan simplemente porque los acontecimientos les dieron la razón. De no haber sido así, habrían caído en el olvido, del mismo modo en que han sido olvidadas las miles y millones de alusiones a hipótesis, muy en boga en su época, que resultaron ser erróneas y que por ello ya nadie recuerda. Sobre el desenlace de cualquier acontecimiento se hacen tantas hipótesis que, independientemente de su resultado, siempre habrá alguien que afirmará: ‘Yo ya dije en su momento que esto ocurriría así’, olvidando por completo que, entre las innumerables hipótesis, muchas eran totalmente contradictorias.

La hipótesis según la cual Napoleón era consciente del peligro que significaba extender sus líneas y que los rusos atrajeron al enemigo hasta el interior del país pertenece, evidentemente, a esta categoría, y los historiadores, solo haciendo grandes esfuerzos, pueden atribuir tales consideraciones a Napoleón y a sus mariscales, y tales planes a los jefes militares rusos. Pero todos los hechos contradicen absolutamente semejantes hipótesis: durante la guerra los rusos no solo no trataron de atraer a los franceses hacia el interior de Rusia, sino que hicieron todo lo posible para detenerlos desde que pisaron

⁵ Discernir la pista certera que nos permitirá adivinar el futuro y desechar las equivocadas (los *red herrings* o, en lenguaje estadístico, el “ruido”) se asemeja a encontrar la proverbial aguja en el pajar; solo cuando el futuro llegue y “queme” toda la paja de las pistas falsas, veremos refulgir la aguja y nos preguntaremos cómo es que no fuimos capaces de encontrarla.

⁶ León Tolstoi, “Guerra y Paz” (ALBA Clásica Maior, 2021), Volumen II, pgs. 972-974

territorio ruso; Napoleón no solo no temía extender sus líneas, sino que se alegraba de cada paso que avanzaba y lo veía como un triunfo, y, a diferencia de sus anteriores campañas, buscó la batalla a regañadientes.

(...) 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 entonces 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”.

La sabia afirmación de Tolstoi sobre la campaña de Napoleón en Rusia concuerda con la más general de un historiador militar:⁷

“La Historia la hace gente que no sabe lo que va a pasar después. Muchos acontecimientos que se esperaban, con temor o esperanza, nunca se produjeron. Y los que ocurrieron parecen a veces inevitables retrospectivamente, pero rara vez se consideraron inevitables de cara al futuro”.

El historiador americano David Hackett Fischer llamó "falacia del historiador" a "la tendencia de los historiadores, con su ventaja retrospectiva, a olvidar que los sujetos no sabían lo que ocurriría después”:⁸

“Este tipo de error resulta ridículo, de una forma abstracta. Imaginemos una carta escrita en Francia el 24 de mayo de 1337 que anunciara 'la Guerra de los Cien Años comenzó hoy aquí'. Pero la falacia de los historiadores es con frecuencia una forma insidiosa de error, que es extremadamente difícil de reconocer o corregir. Un caso reciente es la controversia continua sobre la sorpresa que a [los estadounidenses] nos produjeron los japoneses en Pearl Harbour, el 7 de diciembre de 1941. Antes de que las bombas comenzaran a caer, había muchas señales claras de un ataque inminente -tantas y, en retrospectiva, tan claras que muchos han sospechado de alguna maniobra oscura-. Todos los historiadores del acontecimiento han señalado la precisa información que el embajador Grew reunió en Japón meses antes del ataque a Pearl Harbour. Todo el mundo recuerda la amplia información reunida por MAGIC y al operador del radar del ejército que siguió el curso de los aviones japoneses que se acercaban. Pero nuestra memoria no se extiende con igual claridad a otros muchos signos y señales que apuntaban inequívocamente en la dirección contraria. Una excelente y reciente monografía⁹ ha contribuido mucho a nuestra comprensión del problema al analizarlo precisamente en esos términos. Su autora, Roberta Wohlstetter, señala con sensatez que ‘las señales que anunciaban el ataque a Pearl Harbour iban siempre acompañadas de otras señales opuestas o contradictorias, así como de todo tipo de informaciones inútiles para anticipar el particular desastre...Para entender el hecho de la sorpresa es necesario examinar las características del ruido, además de las señales que después del evento anuncian el ataque...En suma, no supimos prever Pearl Harbour no por la falta de las informaciones relevantes, sino por la plétora de las irrelevantes’”.

⁷ Lawrence Freedman, “*The Future of War: A History*”, Penguin, 2017, Introduction.

⁸ David Hackett Fischer, “*Historians’ Fallacies. Toward a Logic of Historical Thought*”, Harper Perennial, 1970, pp. 209-210.

⁹ Roberta Wohlstetter, “*Pearl Harbour: Warning and Decision*” (Stanford, 1962), pp. 3 y 387.

Otro historiador, el británico Sir Herbert Butterfield, afirma algo parecido sobre la incertidumbre con la que sus protagonistas vivieron el pasado:¹⁰

"Toda la gracia y aventura de las vidas de [los hombres] que vivieron tiempo atrás procedía del hecho de que no podían ver el futuro, y no sabían lo que iba a ocurrir. Para los hombres de 1807 el año 1808 era un misterio y un territorio inexplorado; veían en él cien posibilidades, mientras que el lector moderno solo ve lo que efectivamente ocurrió; nunca supieron de la sorpresa que les aguardaba en la siguiente vuelta del camino; y por consiguiente estudiar el año 1807 recordando en todo momento lo que ocurrió en 1808 y en los años posteriores es pasar por alto la aventura, grandes incertidumbres y lo que había de apuesta en sus vidas. No basta con saber que Napoleón ganó cierta batalla; para percibir la historia como algo humano tenemos que verle la víspera de la batalla, tratando de ver con ansia de qué lado caerían los dados, quizás con temores y dudas, y con incertidumbre sobre el amplio abanico de cosas que podrían perturbar sus planes. La victoria alcanzada un día no debe verse como inevitable la noche antes; y donde nosotros no podemos evitar ver la certeza de un desenlace deseable, los hombres de entonces vivían en suspense, llenos de interrogantes".

Pero la imprevisibilidad del futuro y la dificultad para los protagonistas de hechos pasados de "atar cabos" (*connect the dots*) y distinguir de entre todas las señales que les llegaban aquellas determinantes de los acontecimientos futuros no es un fenómeno del pasado, o propio de los sucesos bélicos. Se dio también recientemente, con ocasión de la Gran Crisis Financiera que se desató en Estados Unidos y en todo el mundo en el año 2008. Uno de los que más hizo por combatirla, el entonces presidente de la Reserva Federal, Ben Bernanke, describió así su llegada:¹¹

"Incluso mientras Estados Unidos disfrutaba de lo que aparecía una economía de Ricitos de Oro -no demasiado caliente ni demasiado fría- y Alan Greenspan estaba recibiendo enhorabuenas por el éxito de los 18 años de su etapa, se estaban acumulando peligrosos riesgos. Estos riesgos nos parecen ahora claros en retrospectiva, pero lo eran mucho menos por entonces. Al final de mi mandato como presidente [de la Reserva Federal] me preguntaron qué era lo que más me había sorprendido de la crisis financiera. 'La crisis', dije. No quería decir que hubiéramos pasado por alto todo lo que estaba ocurriendo. Vimos, aunque a menudo de forma imperfecta, la mayor parte de las piezas del rompecabezas, pero no llegamos a entender o, más bien, no supimos imaginar cómo esas piezas se ensamblarían y provocarían una crisis financiera comparable, e incluso mayor, que la crisis financiera que desató la Gran Depresión".

La conclusión de todas las citas anteriores es clara: quienes protagonizaron sucesos pasados no sabían, al igual que los espectadores de las películas de Hitchcock, cómo iban a acabar; y, como los sujetos del experimento de Newton, rara vez fueron capaces, a partir de las señales que recibían, de acertar el curso efectivo de los acontecimientos.

Como enseguida veremos, el problema para quien juzga conductas pasadas estriba en que, una vez conocido el desenlace efectivo de los acontecimientos, nos resulta difícil imaginar la incertidumbre y confusión en que vivieron sus protagonistas.

¹⁰ Herbert Butterfield, *The Historical Novel: An Essay* (Cambridge University Press, 1924), pp.23-24.

¹¹ Ben Bernanke, *The Courage to Act. A Memoir of the Crisis and its Aftermath* (W.W. Norton & Company, 2017), capítulo 5 ("*The Subprime Spark*").

IV. ERRORES DE RETROSPECTIVA

¿Cómo juzgar con acierto la conducta de quienes no sabían lo que el juzgador sí sabe?

El juez o árbitro que enjuicia conductas pasadas está expuesto a la “falacia del historiador”, y sufre la grave limitación del lector o espectador de una novela o película de intriga a quien ya le han contado cómo acaba.

Se trata de una dificultad no ocasional, sino estructural, que en muchas decisiones jurídicas y provoca, en mi experiencia, al menos tres “errores de retrospectiva” o “sesgos retrospectivos”:¹²

- En primer lugar, el error conocido en inglés como *hindsight bias*, para que el que podríamos reservar en español el término “ilusión retrospectiva” o “ilusión retrospectiva de previsibilidad”, para enfatizar su similitud con las ilusiones ópticas. Como enseguida veremos, este error consiste, en sentido estricto, en sobreestimar *ex post*, una vez conocido el desenlace, su previsibilidad *ex ante*. Una modalidad clásica de este error es el conocido como *outcome bias* (esto es, “sesgo de resultado”), error que comete quien, desconociendo el elemento de azar que se da en muchas ocasiones en el mundo real, juzga automáticamente como equivocada, negligente, o incluso delictiva una decisión por el simple hecho de que fue seguida de un daño o resultado adverso.¹³
- En segundo lugar, el error que podríamos llamar “falacia *ex post facto*” o, como luego veremos, “falacia de la Guerra de los 30 años”, error relacionado con la ilusión retrospectiva (*hindsight bias*), pero conceptualmente distinto: lo comete quien, sin darse cuenta, basa su juicio en información *ex post facto*, esto es, posterior a los hechos enjuiciados, información que no estaba al alcance de sus protagonistas. Se trata de un error emparentado, pero distinto a la ilusión retrospectiva (*hindsight bias*), porque aquí el juzgador no comete el error de pensar que los protagonistas “ya sabían” lo que iba a ocurrir, y que ese desenlace era, pues, previsible: su error consiste en, sin darse cuenta, tomar en consideración hechos posteriores a los enjuiciados.
- Un tercer error, de naturaleza distinta a los dos anteriores, es el que comete quien, al dirigir la mirada hacia hechos pasados, incurre en el error de percepción que, siguiendo al filósofo británico Jeremy Bentham, podemos denominar “falacia de la arboleda”, esto es, percibir como un hecho unitario, atómico y exento de vicisitudes lo que fue en realidad una compleja secuencia de acontecimientos, en la que la realidad fue cambiando a lo largo del tiempo. El nombre que propongo para esta falacia procede de esta afirmación del filósofo inglés:¹⁴

¹² En este artículo propongo utilizar los términos generales “error de retrospectiva” o “sesgo retrospectivo” para englobar las tres modalidades de tales errores que describo a continuación: 1. El “*hindsight bias*” (que traduzco por “ilusión retrospectiva” de previsibilidad); la “falacia *ex post facto*” (o “de la Guerra de los 30 años”); y la “falacia de la arboleda”. No descarto que existan otras modalidades de error de retrospectiva que yo todavía no he identificado.

¹³ Jonathan Baron y John C. Hershey, “*Outcome Bias in Decision Evaluation*”, *Journal of Personality and Social Psychology* 1988, Vol. 54, disponible en

https://www.researchgate.net/publication/19789598_Outcome_Bias_in_Decision_Evaluation

¹⁴ Jeremy Bentham, “Falacias políticas” (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990), capítulo II (“La sabiduría de los pasados o argumento chino”) p. 46. El libro es traducción del *Book of Fallacies* publicado en Londres en 1824 y disponible en

https://www.google.co.uk/books/edition/_/MPheAAAACAAJ?hl=en&gbpv=1&pg=PR1&dq=book+of+fallacies+bentham. Para respetar mejor el texto original inglés, he modificado ligeramente la traducción al español publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, dejando constancia de los términos originales usados por Bentham.

“Indudablemente no faltan en la historia algunos casos espléndidos de probidad y entereza; pero la admiración que nos provocan hace que los exageremos y seamos víctimas de la ilusión que nos provoca una dilatada visión retrospectiva (*extensive retrospect*), que es fruto a menudo de una visión mental unitaria (*single glance of the mind*), en la que las acciones espléndidas de varias épocas (como si se tratara de transmitir una estimación falsa de su número y contigüidad) se presentan, por así decirlo, como un todo (*in a lump*), sin dejar ver los intervalos entre ellas. De forma parecida, las arboledas que vistas desde lejos nos parecen densas e impenetrables masas de árboles, resultan estar formadas, cuando las vemos desde más cerca, de troncos muy separados unos de otros”.

Antes de analizar en mayor profundidad cada uno de esos errores de retrospectiva, para demostrar su gran relevancia práctica para los juristas, señalaré algunas decisiones jurídicas en las que acechan:

- Patentes: una vez lograda una “invención”, la determinación por un experto que no “resulta del estado de la técnica de una manera evidente”- como en España exige el artículo 8 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes- puede verse perturbada.

En efecto, como ha señalado el magistrado del Tribunal Supremo español D. Ignacio Sancho Gargallo en un discurso que citaré varias veces, “cuando se examina retrospectivamente la actividad inventiva de una patente, hay una tendencia a pensar que la invención resultaba obvia a la vista del estado de la técnica existente cuando se solicitó la patente. De ahí que la jurisprudencia insista en que la actividad inventiva no puede juzgarse *ex post facto*, hay que hacer un esfuerzo para ponerse en el lugar de un experto medio con los conocimientos que existían en el estado de la técnica en aquel momento de la solicitud de la patente”. “Esta jurisprudencia que interpreta el art. 8 de la Ley de Patentes se encuentra recogida, entre otras, en la STS (1.ª) 263/2017, de 3 de mayo”.¹⁵

- Inversiones arriesgadas que tienen éxito: Un proyecto arriesgado de inversión en un país emergente sólo se acometerá si su rentabilidad potencial *ex ante* es muy alta y compensa el riesgo. Ahora bien, si, contra todo pronóstico, el proyecto tiene éxito, las autoridades del país anfitrión verán *a posteriori* con suspicacia la elevada rentabilidad obtenida por el audaz emprendedor, y sucumbirán en ocasiones a la tentación de expropiarle la inversión o sujetarla a otras medidas de efecto confiscatorio. La razón será que, tras el éxito del proyecto, se minusvalorará inconscientemente el riesgo inicial que afrontaron sus promotores.¹⁶
- Responsabilidad por negligencia profesional: un acusado puede ser considerado negligente a pesar de haber actuado con suficiente diligencia.

¹⁵ 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, párrafo 16, disponible en <https://honoris.unizar.es/hc/ignacio-sancho-gargallo>.

¹⁶ Se trata del fenómeno del “*obsolescing bargain*” (“acuerdo obsolecente”) que Raymond Vernon, antiguo alto funcionario del Departamento de Estado americano y más tarde profesor en Harvard, describió para explicar la oleada de nacionalizaciones de filiales en América Latina de multinacionales estadounidenses durante los años 60. Véase “*Sovereignty at Bay: The multinational spread of U.S. enterprises*” Prentice Hall Press, 1971. Pueden verse también, del mismo autor, “*Sovereignty At Bay: Ten Years After*”, *International Organization*, Volume 35, Issue 3, 1981 y “*Sovereignty At Bay: Twenty Years After*”, *Milennium Journal of International Studies*, Vol.20, No 2, 1991. Como Vernon murió en 1999, ya no pudo escribir posteriores versiones.

Ejemplos clásicos son algunos casos de negligencia médica¹⁷ -como la del radiólogo que no percibe en la radiografía inicial el indicio del tumor que luego resultará maligno, pero que sí verán sus colegas en el juicio cuando ya sepan dónde buscar¹⁸; o la del psicólogo que informa favorablemente el alta de un enfermo que con posterioridad comete un crimen-; o los de adopción de medidas de prevención que más tarde resultan insuficientes.

- Admisibilidad de la prueba incriminatoria que constata una actividad delictiva cuando la prueba fue obtenida como consecuencia de un registro o detención policial cuya realización solo habría estado justificada en caso de “sospecha fundada” (“*probable cause*”, en la terminología estadounidense).¹⁹
- Responsabilidad por productos defectuosos: una vez descubierto el defecto en el producto y los daños causados, corremos el riesgo de sobreestimar la previsibilidad de tales defectos y el peligro que entrañaban.
- Acción rescisoria concursal: el juez del concurso puede considerar fraudulenta una operación de financiación otorgada por un tercero a la empresa que más tarde entra en concurso, por el simple hecho de que se celebró antes de que el deudor entrara en concurso.
- Mala comercialización (*mis selling*) de productos financieros o engaño en el folleto (*financial mis-representation*): tras la crisis de una sociedad o de un mercado, una institución financiera o una sociedad cotizada pueden ser acusadas de no informar adecuadamente, o incluso de estafar a sus clientes, aunque no pudieran prever que se producirían.
- Deberes de revelación (*disclosure*): una sociedad cotizada o el vendedor de una empresa pueden ser acusados de no haber revelado en su momento al mercado o 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.
- *Reverse hindsight* (es decir, “sesgo retrospectivo inverso”): una advertencia escrita en el contrato o folleto que era poco visible y no estaba suficientemente detallada sobre un riesgo grave que el emisor o vendedor ya conocía puede ser invocada más tarde por el emisor o vendedor, de forma indebida, para sostener que advirtió adecuadamente al cliente del riesgo en ciernes (incluso aunque la información oral que se le diera fuera muy tranquilizadora).

Como es sabido, en Estados Unidos la jurisprudencia y, más tarde, la *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLRA) de 1995 han consagrado la doctrina o “puerto seguro” (*safe harbour*) del “*bespeaks caution*” (“invita a la cautela”), que exime al emisor de un valor de responsabilidad cuando se materializa un riesgo sobre el que ya alertó en el folleto con

¹⁷ Susan J. LaBine y Gary LaBine en “*Determination of Negligence and the Hindsight Bias*”, *Law and Human Behavior* 501, 510 (1996). Los autores afirman: “La determinación de la negligencia queda influida por el informe de daños incluso cuando el terapeuta o demandado actuó de acuerdo con el estándar profesional de cuidado, es decir, cuando no se incumplió el deber de diligencia”.

¹⁸ Leonard Berlin, “*Malpractice Issues in Radiology*”, *American Journal of Radiology*, Septiembre de 200 pp. 597-601. Según un estudio de investigadores de la Mayo Clinic, un 90% de los carcinomas de pulmón que acababan siendo diagnosticados podían percibirse retrospectivamente en radiografías que inicialmente habían sido calificadas de normales. La cuestión clave era que quienes revisaban las radiografías originales ya sabían dónde buscar los signos del carcinoma.

¹⁹ Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie y Jeffrey J. Racklinski, “*Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2005, p.1313, epígrafe F. *Hindsight and Probable Cause*.

advertencias significativas (*meaningful*). Pero algunos juristas y tribunales han subrayado que la relevancia de tales advertencias ha de juzgarse teniendo en cuenta su grado de precisión y notoriedad y la información disponible en aquel momento tanto para el emisor como para los inversores.²⁰

Los errores de retrospectiva pueden tener, pues, gran trascendencia jurídica. A continuación analizaré las tres modalidades distintas que hasta ahora he constatado en mi vida profesional.

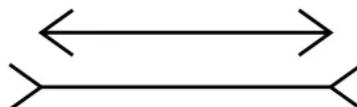
V. “HINDSIGHT BIAS” (o “ilusión retrospectiva”)

A. Origen

Una abrumadora serie de estudios científicos confirman que, una vez que conocemos el desenlace o resultado de un fenómeno, tendemos, sin darnos cuenta, a exagerar la previsibilidad de ese resultado antes de que ocurriera.

Lo demostró el psicólogo y matemático estadounidense Baruch Fischhoff en un célebre experimento, en el que relató a los participantes los antecedentes de una ignota batalla que enfrentó a principios del siglo XIX en el norte de la India a las tropas británicas y a los gurkas de Nepal.²¹ El relato permitía vislumbrar cuatro desenlaces: una victoria militar británica, una victoria militar nepalí, una batalla sin ganador claro y un acuerdo de paz. Fischhoff pidió a los participantes que estimaran la probabilidad de cada uno de esos finales. Ahora bien, a un primer grupo le dejó sin saber el desenlace del conflicto; y a cada uno de los cuatro restantes les describió como resultado histórico un desenlace distinto de los cuatro mencionados. Pues bien, aunque el relato de los hechos había sido idéntico, los cuatro grupos atribuyeron una probabilidad excepcionalmente alta al desenlace que Fischhoff les había descrito como real. Así, por ejemplo, mientras que el primer grupo, carente de información, atribuyó una probabilidad del 33’8% a una victoria británica, el grupo a quien le indicó que ése había sido el resultado real le asignó una probabilidad del 57’2%.

Ese error no solo es habitual, sino que lo sufren tanto los profesionales como los legos, y es muy difícil de contrarrestar: ocurre como en las ilusiones ópticas, cuando nuestros sentidos nos llevan a una conclusión equivocada, incluso aunque sepamos con certeza que lo es, como en la ilusión Müller-Lyer (en el gráfico con el que la ilustro, la vista nos hace creer intuitivamente que el segmento de abajo es más largo que el de arriba, aunque racionalmente sepamos que son idénticos).



²⁰ Así, la doctrina no protege a quien describe como riesgos hipotéticos problemas que ya se han materializado y de los que tiene conocimiento. Tampoco protege a quien minusvalora conscientemente el alcance del riesgo: como afirmó la sentencia *Harman International Industries, Inc. Securities Litigation*, de 2015, “la doctrina [de la *bespeaks caution*] no protege a quien advierte a su compañero de excursión que camine despacio porque podría haber una zanja más adelante, cuando ya sabe, casi con plena certeza, que se encuentran a unos pasos del cañón del Colorado”.

²¹ Baruch Fischhoff, “*Hindsight is not foresight: the effect of outcome knowledge on judgement under uncertainty*”, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975

De forma parecida, una vez que conocemos el resultado de un proceso, nos será extraordinariamente difícil ponernos en la situación de quienes no lo conocían y, sin darnos cuenta, tenderemos a pensar que ya sabían lo que iba a pasar.²²

Baruch llamó inicialmente “determinismo solapado” (*creeping determinism*) a esa distorsión *ex post* de la previsibilidad *ex ante* del resultado, pero hoy se conoce en la literatura científica como *hindsight bias* (“ilusión retrospectiva”, en la traducción que propongo) y a menudo toma la forma de “sesgo del resultado” (en inglés, *outcome bias*)

Fischhoff describió así ese error:²³

“En retrospectiva, la gente exagera de forma consistente lo que se podía anticipar en perspectiva. No solo tiende a ver lo que pasó como inevitable, sino a considerar también que antes de que ocurriera parecía “relativamente inevitable”. La gente cree que los demás debieran haber sido capaces de anticipar los acontecimientos mucho más que en la realidad”.

De ese error que cometemos al volver la vista hacia el pasado se ha hecho eco desde antiguo, con espíritu burlón, la sabiduría popular. En Argentina se expresa con el dicho “con el diario del lunes, es muy fácil acertar”, ya sea el caballo ganador o la quiniela de fútbol del domingo. En Estados Unidos, lo reflejan las expresiones “*Monday morning quarterbacking*” (es decir, pontificar el lunes sobre la estrategia de ataque que debía haber seguido nuestro equipo el domingo) o “*hindsight is 20/20*” (es decir, cuando miramos hacia atrás, la visión es perfecta). Una expresión popular española que refleja en gran medida la misma idea es “a toro pasado, todos somos Manolete”.

En España, sin darle el nombre de “sesgo retrospectivo”, también lo sufrió en sus carnes y lo describió como una “experiencia impresionante” un antiguo presidente del Gobierno español, Leopoldo Calvo Sotelo, que se refirió en estos términos al intento de golpe de Estado que se produjo el 23 de febrero de 1981, justo durante la votación de su investidura:²⁴

“Hay una experiencia que yo he hecho y que recomiendo, porque es impresionante. Se va uno a la hemeroteca y se pide la prensa que lleva fecha del 23 de febrero de 1981, que, naturalmente, se ha hecho unas horas antes del golpe. Ahí hay de todo. Al candidato se le reprochan muchas cosas: no ha dicho nada de esto, ni de lo otro. Ni una sola palabra sobre lo militar. Nadie me dijo: ‘No ha hablado del Ejército’. Ni Carrillo ni nadie me dice: ‘Señor Calvo Sotelo, coño ¿y el problema militar?’. Es curiosísimo, pero no. Ahora bien, el 24 de febrero todo el mundo había oído ‘ruido de sables’. ¡Qué bueno habría sido que ese ruido de sables lo hubiesen oído un poco antes, incluido el Gobierno, que tampoco lo oyó porque estaba mal informado! Porque aquel era un gobierno perfectamente desinformado. El gobierno republicano del 18 de julio estaba mucho más informado que nosotros del golpe. Ciertamente, lo infravaloró y no tomó las medidas necesarias para impedirlo. Pero ellos lo sabían, nosotros no sabíamos nada en ese momento. Que había descontento militar, lo sabíamos, por supuesto, pero nada más”.

²² Como luego veremos, esa naturaleza espontánea y difícil de neutralizar se ha caracterizado como la “fuerza hidráulica” del sesgo retrospectivo.

²³ Baruch Fischhoff, “*For Those Condemned To Study The Past: Heuristics and Biases in Hindsight*”, capítulo XX del libro JUDGEMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES” (Daniel Kahneman et al., 1982).

²⁴ Victoria Prego, “Presidentes. Veinticinco años de historia narrada por los cuatro jefes de Gobierno de la democracia” (Plaza & Janés, 2000), capítulo II.

Cabe preguntarse: ¿cómo es posible que los seres humanos sucumbamos sistemáticamente a la ilusión retrospectiva? ¿no debieran las fuerzas de la evolución, a lo largo de los siglos, haber eliminado ese sesgo, al tratarse de un error sistemático que dejaba en desventaja a los individuos que lo padecían?

La respuesta la da el profesor y experto británico en relaciones internacional Dominic D.P. Johnson en su descripción de los “sesgos cognitivos” como “instintos estratégicos” que, en promedio, supusieron una ventaja adaptativa que favoreció la supervivencia y por eso, a lo largo de generaciones, tendieron a diseminarse entre la población, aunque en ocasiones nos lleven a errores.²⁵ Johnson no se refiere específicamente al *hindsight bias* (analiza solo el exceso de confianza, el error fundamental de atribución y el sesgo de grupo), pero cabe aplicar su razonamiento también a la ilusión retrospectiva. En efecto, nuestro cerebro es un órgano muy eficiente que, tan pronto recibe nueva información, aprende, toma en cuenta lo sucedido y actualiza de inmediato la probabilidad de que en el futuro ese suceso ocurra, para que estemos prevenidos. Ahora bien, como para favorecer la supervivencia solo importaba pronosticar con acierto los acontecimientos y peligros futuros, no enjuiciar la conducta pasada de otros homínidos o seres humanos -como hacemos los jueces y los árbitros-, nuestro cerebro, aunque actualiza continuamente, en base a la experiencia, sus datos y estimaciones sobre cómo funciona el mundo, no guarda un registro de las sucesivas actualizaciones que hace ni de los cambios introducidos.²⁶ Carece de memoria histórica: aunque aprende del pasado, solo se interesa por el presente y el futuro. Podríamos, pues, decir que, para conseguir la máxima eficiencia, nuestro cerebro se asemeja a una base de datos legislativa que actualiza las normas vigentes tan pronto se modifican, pero que, para ahorrar espacio, no guarda las normas ya derogadas. Una base de datos como esa nos resultará muy útil para saber cómo comportarnos de ahora en adelante, pero no para enjuiciar conductas que se produjeron cuando estaban en vigor otras normas, ya derogadas. El problema de la ilusión retrospectiva surge precisamente cuando aplicamos a un suceso pretérito las estimaciones (normas) actuales, no las vigentes en el momento en que las conductas se produjeron. El error surge, pues, cuando utilizamos nuestro cerebro para tareas “nuevas”- como juzgar conductas pasadas de nuestros semejantes- para las que el proceso evolutivo de nuestros antecesores no lo preparó.²⁷

B. Doctrina y jurisprudencia estadounidenses

Tras el pionero trabajo de Baruch Fischhoff, muchos juristas y jueces en Estados Unidos advirtieron pronto la importancia capital del *hindsight bias* (ilusión retrospectiva) en el mundo del Derecho y de los litigios, pues en ellos los jueces tienen que enjuiciar conductas pasadas cuando ya saben lo que ocurrió con posterioridad.

Uno de los primeros magistrados en señalar el peligro inherente a la visión retrospectiva fue el juez Friendly, cuando en 1978, en el caso *Denny vs. Barber*, desestimó una demanda contra un banco que no había desvelado información en su informe anual del año 1973 de diversos

²⁵ Dominic D. P. Johnson, “*Strategic Instincts. The Adaptive Advantages of Cognitive Biases in International Politics*”, Princeton University Press, 2020.

²⁶ U.Hoffrage, R. Hertwig, G Gigerenzer, “*Hindsight bias: a by-product of knowledge updating?* Journal of Experimental Psychology Learning Memory and Cognition , n° 26/3, junio de 2000, disponible en https://www.researchgate.net/publication/12464024_Hindsight_Bias_A_By-Product_of_Knowledge_Updating

²⁷ El economista y experto financiero Nassim Nicholas Taleb hace una observación emparentada con esta: “Para la mayor parte de la gente, las probabilidades se refieren a lo que puede ocurrir en el futuro, no a acontecimientos pasados; un acontecimiento que ya ha ocurrido tiene una probabilidad del 100%, es decir, es una certeza”. Ver “*Fooled by Randomness. The Hidden Role of Chance in the Markets and in Life*” (Texere, 2001), p. 25.

préstamos inmobiliarios a países emergentes, a empresas y a ayuntamientos que, a juicio del demandante, habían sido “arriesgados y especulativos” y que más tarde resultaron impagados, como el banco informó en posteriores informes anuales. El juez argumentó que la demanda se apoyaba en un mero *fraud by hindsight* (FBH) –literalmente, “fraude en retrospectiva” o, en una traducción libre más clarificadora, “ilusión retrospectiva de fraude”. La sentencia afirma:

“En suma, la queja es un ejemplo de alegar fraude en retrospectiva (*fraud by hindsight*). En su mayor parte, el demandante ha entresacado informaciones hechas públicas en posteriores informes anuales y alegado que debían haberse revelado en informes anteriores. Aunque una mayor clarividencia en 1973 podría haber conducido a la toma de conciencia de que los gobiernos extranjeros y diversas empresas podrían enfrentarse a dificultades, especialmente como consecuencia del brutal aumento de los precios del petróleo; que las sociedades de inversión inmobiliarias afrontarían graves problemas, como los que condujeron a la operación descrita en el Informe Anual de 1975; y que la ciudad de Nueva York estaría a punto de quebrar a finales de 1973. Pero no haber llegado a esa conclusión no constituye fraude”.

Esa doctrina del FBH la amplió y popularizó en 1990 el juez Easterbrook en el caso *DiLeo v. Ernst & Young*, en el que los accionistas de un banco, el Continental Illinois, acusaban a su auditor durante los años 1982-1983 de haber dado su opinión favorable a unas cuentas del banco que no revelaban que una parte substancial de su cartera de préstamos era irrecuperable y el banco no había dotado provisiones suficientes. El tribunal rechazó la demanda porque consideró que los demandantes no habían aportado “evidencia contemporánea” que acreditara que los acusados sabían desde el principio que tales impagos eran previsibles y que ocultaran ese hecho maliciosamente, ni la demanda precisaba tampoco el “qué, dónde, cuándo y cómo” de las afirmaciones que consideraban fraudulentas. La sentencia señala:

“El relato de los demandantes resulta familiar en los litigios bursátiles. En cierto momento una compañía se describe en términos muy favorables. Más tarde la compañía revela que las cosas no lo son tanto. El demandante alega que la diferencia debe atribuirse a fraude. ‘Debe’ es el término crítico, porque la demanda no proporciona otra información que las diferencias entre las dos afirmaciones de la situación de la compañía. Los inversionistas deben señalar hechos que sugieran que la diferencia es atribuible a fraude. Falta eso en la demanda, que no revela ninguna circunstancia que permita separar el fraude de la visión retrospectiva. No existe el ‘fraude en retrospectiva’ (*fraud by hindsight*), en la feliz expresión del Juez Friendly”.

Así pues, “lo que hoy parece fraude, en muchos casos pudo ser tan solo optimismo injustificado”.²⁸

Otras sentencias han señalado igualmente que la relevancia de un hecho que no se reveló no debe juzgarse a la luz de lo que aconteció con posterioridad, sino de la información disponible en su momento. Así, como afirmó el tribunal en 1999 en *Sule v. Klein*:²⁹

“Al valorar si una información equivocada u omisión era relevante, los tribunales no pueden usar una visión retrospectiva 20/20 (*20/20 hindsight*); por el contrario, deben considerar si la inexactitud u omisión eran relevantes en la fecha en la que el folleto o declaración se registraron”.

²⁸ Mitu Gulati, Jeffrey J. Rachlinski, Donald C. Langevoorf, “*Fraud by Hindsight*”, Northwestern University School of Law, Vol.98, 2004, pp.773-825.

²⁹ *Ib.*, p. 809.

Los estudios empíricos llevados a cabo en Estados Unidos corroboran que el sesgo retrospectivo es muy insidioso, porque:

- Advertir a la gente del riesgo de incurrir en ese error apenas reduce su tendencia a cometerlo³⁰.
- Sucumben al sesgo no solo legos, sino también los profesionales, incluidos los jueces.³¹ Como ha señalado el prestigioso juez Richard Posner, “el resultado ejerce una irresistible presión hidráulica sobre la interpretación”.³² Y como ya había escrito antes el juez Easterbrook, autor de esa metáfora hidráulica, “la perspectiva *ex post* del litigio ejerce una fuerza hidráulica que distorsiona el juicio”.³³

En Estados Unidos, un clásico y clamoroso ejemplo de tal error judicial fue la condena judicial en 1931 a un administrador de fondos fiduciarios por no haber vendido las acciones del fondo antes del crack de 1929, condena que el tribunal basó en que “era de común conocimiento, no solo entre los bancos y los gestores de fondos, sino entre el público en general que la situación de la Bolsa en el momento de la muerte del testador era poco saludable, que las cotizaciones estaban hinchadas y que se iba a producir un crack con seguridad”.³⁴ En otras sentencias parecidas, se han producido condenas por invertir en compañías a pesar de la existencia de *red flags* (alertas de riesgo) -olvidando que había también muchos otros informes que aconsejaban invertir en tales compañías- o por vender los valores at the “*bottom of the market*”.³⁵

Como ya se ha indicado, el problema psicológico estriba en que, en la memorable expresión de un gran jurista croata, los seres humanos no podemos “desmorder la manzana del conocimiento” (“*unbite the apple of knowledge*”):³⁶ una vez que sabemos algo, no podemos borrarlo de nuestra mente y pensar como si no lo supiéramos.³⁷ Por eso tampoco podemos disfrutar en plenitud una película o novela que alguien ya nos ha destripado.

En Estados Unidos han surgido algunas normas y doctrinas jurisprudenciales para mitigar los errores de retrospectiva.

Una de tales doctrinas es la llamada “*business judgement rule*”, que pretende contrarrestar el “sesgo de resultado” (*outcome bias*) -esto es, condenar automáticamente como negligente o

³⁰Kim A. Kamin y Jeffrey J. Rachlinski, “*Ex Post not equal to Ex Ante. Determining Liability in Hindsight*”, *Law and Human Behavior*, Vol. 19, No.1, 1995, p. 92 y los estudios ahí citados. Véase también Jeffrey J. Rachlinski, “*A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*”, *The University of Chicago Law Review*, 1998, 65, publicado como capítulo 3 del excelente libro “*Behavioral Law&Economics*”, edited by Cass R. Sunstein, Cambridge University Press, 2000.

³¹ Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski y Andrew J. Wistrich, “*Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*”, *Cornell Law Review*, Vol. 93: 1, 2007. En un experimento con jueces profesionales, los investigadores confirmaron, tras describirles una sentencia de primera instancia sobre un caso de alegada negligencia médica en el tratamiento de un recluso, que su estimación de la probabilidad de que fuera anulada en apelación guardaba estrecha relación con el supuesto resultado de la apelación (devolución, confirmación, anulación) que se proporcionaba incidentalmente como información a cada grupo de jueces: “Las respuestas de los jueces reflejaron la influencia de la información recibida sobre el resultado de la apelación”.

³² Richard Posner, “*Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*”, Introduction, Harvard University Press, 1999.

³³ Opinión concurrente del juez Easterbrook en *Shirley Carroll v. Otis Elevator Co.*, 1990.

³⁴ Se trata de la sentencia *re Chamberlain*, 9 N.J. Misc.809 (1931), citada en Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski y Andrew Wistrich, “*Inside the Judicial Mind*”, p. 48

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Mirjan R. Damaska, “El Derecho probatorio a la deriva”, Marcial Pons, 2015.

³⁷ Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie y Jeffrey J. Rachlinski, “*Can Judges Ignore Inadmissible Information?*”, *op.cit.*

dolosa cualquier decisión cuyo resultado es desfavorable-. En su interpretación más frecuente, esta doctrina veda que el juez entre a enjuiciar una decisión empresarial o corporativa que, acertada o no, se adoptó de buena fe, en base a la información de la que se disponía y siguiendo un procedimiento adecuado.³⁸

Dicha doctrina, aplicada también desde antes por los tribunales españoles, se incorporó en 2014 a la legislación mercantil española, mediante el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que la bautizó como regla de la “protección de la discrecionalidad empresarial”. El magistrado español Sancho Gargallo la ha descrito así:³⁹

“Esta regla pretende reaccionar frente al sesgo retrospectivo que juzga por el resultado y centrar el enjuiciamiento en cómo se adoptó la decisión y bajo qué circunstancias. Reconduce el enjuiciamiento a la buena fe del administrador, eso sí, objetiva, en la toma de decisión, por un lado, y, por otro, a que la decisión se haya tomado mediante un procedimiento adecuado y después de haberse recabado información suficiente”.

Aunque la norma se ha incorporado a la legislación mercantil, no a la penal, como ha señalado un gran procesalista experto en sesgos cognitivos, actualmente juez de lo mercantil en Reus (Tarragona), Arturo Muñoz Aranguren, la doctrina debe aplicarse también en el ámbito penal:⁴⁰

“Desde el punto de vista estrictamente dogmático es fácil concluir que si una decisión empresarial, por cumplirse los requisitos previstos en el art.226.1 LSC no puede reputarse civilmente negligente, menos aún podría ser gravemente culposa a efectos penales”.

VI. « FALACIA EX POST FACTO » (o « de la Guerra de los 30 años »)

Incorre en la « falacia *ex post facto* » quien para juzgar una conducta pasada toma en consideración hechos o circunstancias posteriores que eran desconocidos por los actores cuya conducta se está valorando.

Como ya se indicó, este error está muy relacionado con la “ilusión retrospectiva” (*hindsight bias*), pero es conceptualmente distinto: lo comete quien, sin darse cuenta, basa su juicio en información *ex post facto*, esto es, posterior a los hechos enjuiciados, información que no estaba al alcance de sus protagonistas. Aquí el juzgador no comete el error de pensar que los protagonistas “ya sabían” lo que iba a ocurrir, porque era previsible -ese es la esencia del *hindsight bias*-: su error consiste en, sin darse cuenta, tomar él mismo en consideración hechos posteriores a los enjuiciados.

³⁸ En el caso clásico *Shlensky vs. Wrigley*, de 1968, el demandante, accionista minoritario del equipo de béisbol *Chicago Cubs*, acusó al Sr. Wrigley, propietario del estado de béisbol *Wrigley Field* en Chicago y presidente de la sociedad propietaria de los *Chicago Cubs*, de haber provocado pérdidas al equipo al negarse a poner iluminación nocturna en su estadio, porque consideraba que el béisbol era un deporte que debía jugarse a la luz del día y que su práctica nocturna podía perturbar al vecindario. El tribunal rechazó la demanda, sin entrar en la cuestión de fondo, pues afirmó que “la función de los tribunales no es resolver cuestiones de política interna o de gestión de negocios. A los administradores [de las sociedades] se les nombra para que resuelvan tales cuestiones, y su juicio debe ser considerado definitivo, a menos que se pruebe que estuvo enturbiado por intereses fraudulentos”.

³⁹ Sancho Gargallo, “El arte de juzgar...”, *op.cit.*, párrafo 26.

⁴⁰ Arturo Muñoz Aranguren, “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 4, 2019, p.46.

Podríamos llamar también a este error la « falacia de la Guerra de los 30 años », pues en “La rebelión de las masas” el gran filósofo español José Ortega y Gasset se burló así de esos 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".

La falacia la citó igualmente un ilustre jurista español, D. Landelino Lavilla, quien en sus memorias, tras destacar que la visión retrospectiva o *ex post* de los historiadores es necesariamente distinta del "panorama que se hallaba al alcance de quienes vivieron el hecho y del que podían contemplar incluso los protagonistas más informados y mejor dotados para la intuición o la clarividencia", añade:⁴¹

"Solo en el sainete, no en la realidad ni en la historia, puede aparecer un personaje despidiéndose de su mujer 'porque se va a la guerra de los Treinta Años'".

Ilustra esta falacia, en mi opinión, el razonamiento de las demandantes en el arbitraje instado contra el Reino de España con motivo de la resolución del Banco Popular cuando alegan que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) discriminó entre el Banco Popular y Liberbank, pues en este segundo caso prohibió la toma de posiciones cortas contra las acciones de Liberbank, cosa que no hizo en el caso del Banco Popular.

En efecto, uno de los motivos de queja de las demandantes fue el siguiente :⁴²

« 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 ».

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».⁴³

Pues bien, de la lectura del Laudo se desprende que ni el Reino de España ni el propio Tribunal arbitral mencionan esa circunstancia: el Laudo rechaza la argumentación de las demandantes, pero basa la ausencia de discriminación entre el Banco Popular y Liberbank «en que existía justificación suficiente para dar a Liberbank un trato diferente al que se le otorgó al Banco Popular».⁴⁴

A mi juicio, con independencia de que la situación del Banco Popular y la de Liberbank no fueran iguales, hubo otra diferencia decisiva, derivada de la secuencia de los acontecimientos: la actuación de la CNMV en el caso de Liberbank se produjo cuando ya era conocido lo ocurrido con el Banco Popular y tanto la CNMV como los mercados financieros habían podido constatar

⁴¹ Landelino Lavilla, "Una historia para compartir. Al cambio por la reforma (1976-1977)", Galaxia Gutenberg, 2017, pg. 56.

⁴² Caso CPA N° 2019-17, Antonio del Valle Ruiz y Otros c. el Reino de España, Laudo Final, 13 de marzo de 2013, párrafo 572, disponible en <https://www.italaw.com/cases/6822>.

⁴³ Notice of Arbitration, 23 de agosto de 2018, párrafo 117, disponible en <https://www.italaw.com/cases/6822>.

⁴⁴ *Ibidem*, Laudo, párrafo 590.

que la caída en Bolsa de las acciones de un banco agrava los temores de sus depositantes y puede favorecer su fuga masiva, en una suerte de « espiral de la muerte » (*death spiral*) como la que sufrió el Banco Popular y le obligó a solicitar ser objeto de resolución.⁴⁵ Así pues, cuando se produjeron los ataques contra Liberbank la CNMV tenía ya una información -la súbita crisis y resolución del Banco Popular- de la que carecía antes de dicha resolución y eso explica que no dudara en adoptar una medida excepcional no utilizada en el caso del Popular. Es decir, como enseguida veremos, la actuación de la CNMV en el caso de Liberbank puede concebirse como una « *subsequent remedial measure* ».

Un caso todavía más extremo de « falacia *ex post facto* » (o, si se quiere, de *hindsight bias*) se produjo en un arbitraje que yo mismo presidía, en el que se ventilaba si había incurrido en negligencia grave una compañía de ingeniería que había diseñado mal una máquina industrial, error de diseño que la propia ingeniería, tras descubrir con gran esfuerzo la causa del fallo, corrigió a su propia costa. Pues bien, la sorpresa fue que el perito de los demandantes, de nacionalidad británica y con larga experiencia en pleitos sobre daños, justificó así que la ingeniería demandada había cometido una grave negligencia :

“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”.

Como puede apreciarse, en los dos casos señalados el razonamiento es parecido : las medidas que se adoptaron con posterioridad -esto es, la prohibición de las ventas en corto en el caso de Liberbank y el rediseño de la máquina industrial por la ingeniería- se utilizan como demostración de que la actuación inicial fue discriminatoria (CNMV) o gravemente negligencia (ingeniería).

Pues bien, para evitar esa manifestación de la «falacia *ex post facto*», en Estados Unidos las *Federal Rules of Evidence* contienen una regla, la 404, relativa a « *subsequent remedial measures* » (es decir, « medidas correctoras posteriores »), que dice:

"Cuando se adoptan medidas que hubieran hecho un accidente o daño previo menos probable, tales medidas no son admisibles como prueba de negligencia, conducta culpable, defecto del producto o de su diseño, o necesidad de advertencias o instrucciones".

La regla se formuló en 1975 -y fue objeto de una mejora de redacción en 1997-, pero codifica una larga jurisprudencia que se remonta a la sentencia inglesa de 1869 en el caso *Hart v. Lancashire & Yorkshire Railway Co.*, relativa a un accidente ferroviario ocurrido cerca de Manchester.⁴⁶ El accidente se produjo cuando el maquinista de una locomotora -que estaba fuera de servicio y se desplazaba desde la vía auxiliar donde había cargado carbón hasta otra en la que iba a ser revisada- sufrió un ataque en plena maniobra y cayó al suelo inconsciente, justo cuando la locomotora se encontraba sobre la vía principal. Para que un tren que se aproximaba no chocara violentamente contra la locomotora, el guardagujas lo desvió hacia otra vía, en la

⁴⁵ Analicé la cuestión en Manuel Conthe, “Los dilemas de la resolución bancaria”, Anuario del euro 2017, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, capítulo 8, disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2018/02/27/los-dilemas-de-la-resolucion-bancaria.html>

⁴⁶ El caso se describe en detalle en Albert Parsons, “*The Liability of Railway Companies for Negligence towards Passengers*”, London, Horace Cox, 1893, disponible en <https://archive.org/details/liabilityofrailw00pars> (University of California, Los Angeles, School of Law Library).

que sufrió un choque más suave, del que resultó herido el Sr. Hart. Éste demandó a la compañía ferroviaria y adujo como prueba de su negligencia que, con posterioridad al accidente, había modificado el diseño de sus vías, para que las locomotoras fuera de servicio no tuvieran que utilizar la vía principal para sus maniobras.

El Tribunal desestimó la demanda y uno de sus miembros, el barón Bramwell, rechazó el argumento de que la mejora del diseño de las vías probaba la negligencia previa con una frase célebre, recordada por los redactores de la regla 407: esa concepción equivaldría a aceptar que "el que mundo gane en sabiduría con los años demuestra que fue antes insensato" ("*because the world gets wiser as it gets older, therefore it was foolish before*").

Según sus autores, la regla 407 pretende, de manera primordial, que tras un accidente se adopten medidas correctoras para que no se repita, sin que quien las promueva deba temer que se interpreten como admisión tácita de una previa negligencia. Pero trata, además, de evitar que tales remedios agraven el "sesgo de retrospectiva" que espontáneamente nos llevará a pensar que "el accidente estaba servido".

Esa misma regla tiene una manifestación más limitada en la Unión Europea y en España en la llamada "*development risk clause*"⁴⁷, contenida en el artículo 7 de la Directiva 85/374/EEC sobre responsabilidad por productos defectuosos, que exime de responsabilidad al fabricante del producto defectuoso si demuestra que "el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de su puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto" (por eso se llama también "*state of the art defence*").

De forma parecida, en España el artículo 137.3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios contiene una escueta previsión para evitar ese error:

"Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada".

VII. « FALACIA DE LA ARBOLEDA »

Finalmente, un tercer error de retrospectiva, distinto de los dos anteriores pero en ocasiones vinculado al *hindsight bias*, consiste en percibir como un hecho único, sencillo y exento de vicisitudes, lo que fue en realidad una compleja secuencia de sucesos, a lo largo de la cual las circunstancias y perspectivas sobre el futuro fueron cambiando. En la expresión ya citada de Jeremy Bentham, quien comete este error no advierte los intervalos de tiempo entre sucesos y los ve en su conjunto, como un bloque (*in a lump*), como una « arboleda », sin percibir las distancias entre los árboles que la componen.

En los últimos años esta falacia se ha dado en litigios relacionados con la crisis económica y financiera que vivió España entre los años 2008 y 2012, en ocasiones presentada como si hubiera sido un fenómeno instantáneo, sin vaivenes ni etapas distintas.

Constaté esta falacia, de forma directa, en un arbitraje en el que la demandante, una constructora, solicitaba la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la adjudicación de una obra basada en el llamado « sistema alemán », en el que la Administración pública pagaba al

⁴⁷ La expresión "*development risk*" de un producto (en castellano, "riesgo de desarrollo") es desafortunada, porque describe mal el concepto y sugiere -erróneamente- que el riesgo deriva del "desarrollo" del producto, cuando en realidad está vinculado al mero uso del producto, tal y como se puso en circulación en el mercado. Por eso, expresiones más felices y fáciles de entender serían "riesgos desconocidos", "ocultos", "latentes", "larvados" o cualquier otro adjetivo que denote la idea esencial de que el riesgo ya existía, pero nadie lo sabía.

constructor al final de la obra y, en consecuencia, el constructor tenía que financiar entretanto sus costes, a la espera del pago final.

Pues bien, las fechas claves del caso eran las siguientes:

1. La constructora había ganado la licitación a finales de 2007 y el contrato de obra había sido firmado a principios de 2008.
2. En marzo de 2009, la constructora invocó una drástica modificación de los términos de la adjudicación, invocando la cláusula “*rebus sic stantibus*”, pues alegaba que “la crisis financiera internacional” le había impedido encontrar financiación para financiar la obra.

La Administración pública, tras la crisis de Lehman Brothers en septiembre de 2008, ya había dulcificado, a favor de la constructora, ciertos términos del contrato.

Pero el hecho decisivo fue que durante el arbitraje quedó acreditado que a lo largo del primer semestre de 2008 la constructora había recibido diversas ofertas de financiación, en condiciones bastante razonables, pues todavía en ese período los bancos españoles no habían cortado su financiación a muchas empresas. Fue solo tras la crisis de Lehman Brothers cuando el acceso al crédito bancario se hizo mucho más difícil.

En suma, no cabía hablar de “la crisis financiera internacional” como un todo o una “arboleda”, sino que resultaba preciso analizar sus distintos períodos; y parecía claro que fue el excesivo optimismo lo que llevó a la constructora a desdeñar durante el primer semestre de 2008 las ofertas bancarias de financiación que le llegaron.

La “falacia de la arboleda” fue también visible en los escritos de acusación contra los directivos de Bankia con motivo de su salida a Bolsa (ocurrida en julio de 2011), así como en las demandas civiles de nulidad de las suscripciones de acciones de Bankia por falsedades en el folleto de emisión.

Las sentencias de la jurisdicción civil, con bastante ligereza, 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 sentencia de la Audiencia Nacional 13/2020, de 29 de septiembre, como la STS 839/2022, de 24 de octubre, hilaron mucho más fino y ambas 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)”.

VIII. ERRORES DE RETROSPECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tras haber expuesto las distintas variedades de errores de retrospectiva, expondré a continuación algunas sentencias relativamente recientes de los Tribunales españoles que sucumben a tales errores. Esas sentencias muestran, en mi opinión, que tales errores no son una curiosidad intelectual o académica, sino un peligro real y grave que acecha incluso en las decisiones de las más altas instancias jurisdiccionales.⁴⁸

A. Sentencias sobre swaps de intereses

La brusca e intensa caída de los tipos de interés del euro que se inició en el otoño de 2008, tras la crisis de Lehman Brothers, hizo que muchas empresas que en el período 2005 hasta el primer semestre de 2008 permutas habían contratado (*swaps*) de intereses para protegerse de una posible subida de euríbor (en virtud de tales contratos, el banco se comprometía a pagarles regularmente el correspondiente euríbor, mientras que el cliente pagaba siempre un tipo de interés fijo) tuvieran que afrontar liquidaciones netas en su contra muy cuantiosas.

Esos les llevó a reclamar – en vía judicial o en procedimientos arbitrales, según existiera o no en el contrato cláusula arbitral- la nulidad de los *swap* de intereses, alegando error esencial de consentimiento y reprochando a los bancos el incumplimiento de las normas de conducta establecidas por la Ley 24 /88 del Mercado de Valores.

No pretendo realizar aquí un análisis del cúmulo de sentencias que se dictaron en tales litigios, con resultados diversos, debido, entre otras cosas, a la diferente actuación de las entidades de crédito en cada caso.⁴⁹ Solo quiero mostrar cómo algunas de las sentencias favorables a los clientes -no todas, ni mucho menos- incurrieron en una clamorosa «ilusión retrospectiva» (*hindsight bias*), al concluir que los bancos sabían de antemano, cuando suscribieron los *swaps*, que el euríbor iba a sufrir a partir de finales de 2008 un brusco descenso.

Como botón de muestra de ese grosero error puede citarse, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 189/2010, de 7 de abril, que justificó así el vicio de consentimiento padecido por el cliente:

“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 Euríbor, comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas, una

⁴⁸ En Manuel Conthe, “La paradoja del bronce. Espejismos y sorpresas en el mundo de la economía y la política” (Editorial Crítica, 2007), dediqué un epígrafe al sesgo retrospectivo (pp.106-110) y sostuve que en la condena por la sentencia del Tribunal Supremo 2/1998, de 29 de julio de 1998, en la causa especial seguida contra el antiguo ministro de Interior D. José Barrionuevo por el secuestro del ciudadano francés Segundo Marey, pudo pesar mucho ese sesgo, al suponer la mayoría de magistrado que suscribió la condena, sin mucho fundamento, que el Sr. Barrionuevo “sabía” lo que estaban haciendo los integrantes del GAL que, creyendo al Sr. Marey miembro de la banda terrorista ETA, lo mantuvieron secuestrado unos días en una cabaña en Colindres (Santander).

⁴⁹ En Manuel Conthe y Andrés Llorio, “Swaps de intereses: ¿aleatoriedad del contrato o de la jurisprudencia?”, Anuario Contencioso para Abogados 2011, La Ley, capítulo 4 puede encontrarse un breve análisis de las sentencias dictadas hasta entonces por las Audiencias Provinciales.

situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación negocial en cuestión”.

Así pues, para la Audiencia de Pontevedra las entidades bancarias tenían una clara expectativa, mucho antes de la crisis de Lehman Brothers, del brusco descenso que el euribor sufriría en los años posteriores, pero no revelaron esa información a sus clientes, sino que la aprovecharon para obtener mayor rentabilidad. Es, como se ve, un caso patente de “sesgo retrospectivo” (*hindsight bias*), a tenor del cual una vez acontecido un hecho –en este caso, una vez producida, a finales de 2008, la brusca caída del euribor- se exagera de forma inconsciente la capacidad para preverlo antes de que aconteciera.

B. Cláusulas suelo

Esa intensa y prolongada caída del euribor que se produjo desde finales de 2008 llevó también al Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo a dictar una desafortunadísima sentencia, la STS 241/2013, de 9 de mayo, relativa a diversos préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que incluían un tipo de interés mínimo o « suelo ».

La sentencia anuló por supuesta «falta de transparencia» las cláusulas suelo contenidas en los préstamos objeto de la sentencia y sentó una jurisprudencia que se aplicó a otros muchos contratos ; pero se basó, en mi opinión, en varios y graves desatinos.⁵⁰

El primero y principal fue un grave error de hecho que puede constatar con facilidad quien lea con atención la sentencia en su integridad.

En efecto, la sentencia comienza con una pormenorizada descripción de los préstamos, que muestra que en el préstamo suscrito el 24 de julio de 2008, el tipo de interés inicial (derivado de añadirle al euribor vigente en el momento inicial el margen pactado del 1,25%) había sido del 6,35% y el suelo se había fijado en el 2,5% ; en el concertado el 26 de octubre de 2007, el tipo inicial había sido el 6,15% y el suelo se había fijado en el 3,5% ; en el concertado el 1 de octubre de 2008, el tipo inicial había sido el 6,35% y el suelo se había fijado en el 4% ; y en el suscrito el 10 de diciembre de 2007, el tipo inicial había sido del 5,17% y el suelo se había fijado en el 2,85%. Así pues, quien lea con cuidado la sentencia comprobará que la diferencia entre los tipos iniciales de los préstamos y los correspondientes suelos -es decir, la potencial caída del tipo de interés antes de que entrara en vigor el mínimo- eran, respectivamente, 3,75%, 2,65%, 2,35% y 2,32%. La sentencia reconoce, además, que los tipos de interés mínimos o suelos aparecían en los contratos en letra mayúscula.

Pues bien, en contradicción flagrante con tales hechos, los Fundamentos de Derecho de la sentencia contienen estas equivocadas afirmaciones :

«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" (párrafo 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" (párrafo 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" (párrafo 296 a).

⁵⁰ Véase, Manuel Conthe, “Un borrón supremo”, diario Expansión, 17 de septiembre de 2013, disponible en <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2013/09/17/clausulas-sueloun-borrón-supremo.html>.

Sin reparar en ese grave yerro, la sentencia llega, de improviso, en su párrafo 225 a la siguiente conclusión principal:

« 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.⁵¹
- 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".

Como puede advertirse, en la letra c) de ese párrafo 225 aflora el mismo *hindsight bias* que en la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, pues sugiere que los bancos debieran haberle proporcionado al cliente una previsión de la evolución del euribor a lo largo de la vida del préstamo.

En mi opinión, los errores del Tribunal Supremo se ven agravados por otro error de retrospectiva: el alto Tribunal dicta sentencia en mayo de 2013, cuando el euribor (a 1 año) estaba en el 0,52% y no parece advertir que cuando los préstamos se firmaron el euribor estaba muchísimo más alto y muchos prestatarios temían que siguiera subiendo (recordemos que el 3 de julio de 2008, el Banco Central Europeo elevó su tipo oficial del 4% al 4,25%). En esas circunstancias, lo más probable es que los prestatarios estuvieran especialmente preocupados por las posibles subidas del euribor y no prestaran gran atención a los suelos, cuya aplicación se antojaba por entonces muy improbable.

Así pues, en contra de lo afirmado por el Tribunal Supremo, las cláusulas-suelo fueron fácilmente comprensibles (esto es, « transparentes », en la terminología jurídica al uso). Lo que ocurrió previsiblemente es que cuando en el período 2007-2008 se suscribieron, no tenían la relevancia que adquirieron tiempo después, cuando, tras la crisis de Lehman Brothers en septiembre de 2008, se desató una crisis financiera internacional que provocó el desplome del euribor. Existió, en consecuencia, no un problema de «transparencia», sino una notable diferencia entre la relevancia *ex ante* de las cláusulas suelo, cuando se firmaron, y su relevancia *ex post*, cuando en 2013 el Tribunal Supremo dictó sentencia.

C. Sentencia de los ERE : la condena por malversación

Los errores de retrospectiva, perturbadores en la jurisdicción civil, pueden serlo todavía más en la penal y llevar a condenas de cárcel por delitos cuya comisión no parece al lector ingenuo

⁵¹ Aunque la sentencia lo ignora, tanto los tipos de interés máximos como mínimos aparecen en la misma cláusula del contrato, la 3ª Bis, porque así lo exigía, con un criterio razonable, el Anexo II de la Orden Ministerial conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia de 5 de mayo de 1994, que la sentencia no cita. Conozco bien lo dispuesto en aquella Orden, porque yo mismo la redacté cuando era Director General del Tesoro y Política Financiera y la acordé con el Director General de los Registros y del Notariado.

genuinamente probada, sino surgida de una valoración de la prueba o convicción subjetiva de los magistrados hija de una « ilusión retrospectiva ».

Fue, en mi opinión, lo ocurrido -exclusivamente en lo relativo a la condena por malversación de caudales públicos impuesta al antiguo presidente y consejero de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, José Antonio Griñán, y a otros cuatro altos cargos- en las sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla 490/2019, de 19 de noviembre, y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 749/2022, de 13 de septiembre.

Como explica la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, para agilizar el pago de ayudas sociolaborales a trabajadores y empresas en crisis que estaban llevando a cabo "expedientes de regulación de empleo" (ERE) y evitar la fiscalización previa por la Intervención de cada subvención, la Junta de Andalucía dispuso que la Consejería de Empleo remitiera los fondos de ese programa presupuestario (31L), en bloque, como "transferencia de financiación", a una Agencia pública dependiente de la Junta (IFA-IDEA), para que pagara las subvenciones a quienes indicara el Director General de Trabajo, Sr. Guerrero.

En 2002 la Intervención advirtió que las "transferencias de financiación" se estaban utilizando indebidamente: estaban previstas para cubrir las pérdidas de una agencia pública provocadas por su propia actividad, no para pagar subvenciones. En su Informe Adicional de julio de 2005, tras analizar una muestra de ayudas satisfechas, la Intervención detectó múltiples "deficiencias" (imputación presupuestaria inadecuada, falta de solicitud...). Concluyó que "la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido".

Ahora bien, ni el citado Informe Adicional ni ningún otro hicieron nunca referencia a "circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar el menoscabo de fondos públicos". Además, incluso después del Informe Adicional la Intervención fiscalizó siempre sin reparo las transferencias de financiación a IFA-IDEA e informó favorablemente múltiples ampliaciones de su crédito presupuestario.

Fue solo en 2013 cuando un nuevo informe pericial de la Intervención constató que el Sr. Guerrero había utilizado fondos del programa 31L para beneficiar a personas y empresas sin derecho a percibirlos y para fines ajenos al programa.

Pues bien, la Audiencia y el Supremo, con acierto, condenaron por "prevaricación" a todos los altos cargos de la Junta que crearon o mantuvieron el sistema de "transferencias de financiación", pues fue un mecanismo ilegal para burlar la fiscalización previa de las subvenciones; y condenaron también por "malversación", al Sr. Guerrero y a otros responsables de la Consejería de Empleo que conocían el ilícito destino de muchos pagos.

¿Qué decidió la Audiencia de Sevilla respecto al Interventor General y al Sr. Griñán y a los otros cuatro altos cargos que, ajenos a la Consejería de Empleo, habían sido destinatarios del Informe Adicional de 2005?

La Audiencia absolvió al Interventor General porque "sus competencias eran regladas", y no tenía ni competencia para emitir un "informe de actuación" que alertara sobre el posible menoscabo de fondos públicos, ni obligación de formular reparo a la transferencia de fondos, pues "de los documentos que integraban el expediente de gasto de las transferencias de financiación no se desprendía ninguna razón que exigiera dicho reparo, ni siquiera que lo permitiera". Por el contrario, condenó por malversación a Griñán y a los otros cuatro altos cargos porque "la gravedad de la situación creada como consecuencia directa y necesaria de la gestión presupuestaria del programa 31L mediante 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" (nótese la afirmación clave « necesariamente debieron ser conocidas »).

En su sentencia de 13 de septiembre, el Tribunal Supremo, por mayoría de 3 a 2 de los miembros de la sala, confirmó la condena por malversación impuesta al Sr. Griñán y a los otros cuatro condenados ajenos a la Consejería de Empleo. El alto Tribunal fundamentó así esa condena:

"Aun cuando pueda afirmarse que el contenido del Informe [Adicional de 2005] no anuncia las consecuencias que se podían producir, lo cierto es que las advertencias de la Intervención fueron singularmente precisas, señalando que las subvenciones tenían un régimen de control mucho más riguroso que las transferencias de financiación".

"Convenimos con la Sala de instancia que, aun cuando el Interventor General de la Junta de Andalucía emitió informes favorables en los expedientes de las modificaciones presupuestarias, esa circunstancia no afectó al conocimiento del Sr. Griñán sobre la ilegalidad de los hechos que se estaban llevando a cabo, como tampoco de que las resoluciones administrativas regladas que dictó eran manifiestamente injustas por transgredir de forma patente y grosera la ley".

"El uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro. Pero el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el Sr. Griñán asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público" (nótese la expresión clave « elemento de prueba suficiente de que el Sr. Griñán asumió la eventualidad » del desvío de fondos).

"[Los distintos informes de la Intervención] alertaban de ilegalidades muy relevantes, derivadas de esa falta de control, que permitían conocer que el despilfarro de los fondos públicos ya se estaba produciendo, pese a lo cual durante años no se adoptó medida alguna para su corrección". "El informe pericial de la Intervención General de la Administración del Estado [de 2013] ha confirmado unos hechos que ya se anunciaban con suficiente detalle en los informes elaborados por la Intervención de la Junta de Andalucía durante el tiempo en que [el Sr. Griñán] ejerció sus cargos".

Dos magistradas, sin embargo, discreparon de esa opinión mayoritaria y sostuvieron que el Sr. Griñán y los otros cuatro acusados ajenos a la Consejería de Empleo "no contaban con datos objetivos indiciarios para desconfiar de que los acusados [de la Consejería de Empleo] iban a dedicar el dinero público a entregárselo dolosa y fraudulentamente a ciudadanos y empresas para que se lucraran con él en perjuicio del interés general". Y añaden:

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

"Una cosa es omitir dolosamente trámites administrativos esenciales en la concesión de subvenciones públicas para aligerar su autorización y entrega -hechos subsumibles en el tipo penal de prevaricación- y otra muy distinta es menoscabar el patrimonio público con el fin de que se lucren fraudulentamente terceras personas físicas y empresas".

"No puede admitirse la conducta grave prevaricadora como factor automáticamente determinante de la comisión de un delito de malversación. Se trata de dos conductas que pueden no presentarse al unísono en la mente de los autores de la prevaricación con la intensidad y solidez que requiere el dolo, ni aun como dolo eventual".

"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".

"El propio Interventor General de la Junta de Andalucía que había advertido en el año 2005 a través del Informe Adicional al informe de cumplimiento de 2003 y de un anexo a ese Informe Adicional, en los años sucesivos informó positivamente las modificaciones presupuestarias cuyos fondos tenían como destino el pago de las subvenciones excepcionales que derivaron en numerosos casos en actos fraudulentos para el erario público".

"Ese peligro concreto materializado después por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo no consta que fuera conocido y asumido por los responsables de otros departamentos de la administración autonómica. Y si bien es cierto que se trata de un supuesto fáctico que podría preverse, tal eventualidad cognoscitiva nos introduce ya en el marco de la previsibilidad de una conducta dolosa y de su posterior resultado y de su conocimiento efectivo, previsibilidad que nos inserta en el ámbito propio del delito imprudente de resultado, y no de un delito doloso en la modalidad de dolo eventual".

Las magistradas discrepantes concluyen :

"Puede hablarse de ligereza o falta de diligencia de cuidado graves con respecto a los controles, pero esas infracciones ya no pueden considerarse como sustrato fáctico/normativo de un delito de malversación con dolo eventual, sino como una infracción imprudente, ajena por tanto al tipo penal de malversación".

En mi opinión, las magistradas discrepantes aciertan plenamente al concluir que el Sr. Griñán y los otros cuatro acusados ajenos a la Consejería de Empleo debieron haber sido absueltos del delito de malversación. La razón es que las conjeturas de la Audiencia Provincial y del Supremo no se basan en pruebas concluyentes, sino en un "salto argumental" -término utilizado por las discrepantes- provocado inconscientemente, en mi opinión, por su conocimiento de la actuación malversadora del Sr. Guerrero y «el final de la película».

En este caso, creo que la expresión « falacia de la Guerra de los 30 años » resulta especialmente apropiada para describir el error de retrospectiva de las sentencias: la Audiencia y el Tribunal Supremo demuestran que el Sr. Griñán « se fue a la guerra » (es decir, prevaricó), pero no que

supiera que la guerra duraría 30 años (es decir, que condujera a una malversación). Por eso, aunque las magistradas discrepantes no utilizan la terminología de este artículo, la condena del Sr. Griñán y de sus cuatro colegas por ese segundo delito de malversación se basó, en mi opinión, en una conjetura nacida de una mera « ilusión retrospectiva» (*hindsight bias*).

Por desgracia, a veces el « *Monday morning quarterbacking* » y la ilusión retrospectiva de un tribunal penal pueden llevarle a apreciar un dolo eventual que no ha quedado probado en juicio.

IX. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA DOCTRINA SOBRE LOS ERRORES DE RETROSPECTIVA⁵²

A pesar de que, como se ha expuesto en el epígrafe precedente, los tribunales españoles han sucumbido ocasionalmente a los errores de retrospectiva, por fortuna también ha surgido en España en tiempos recientes una corriente doctrinal y, más tarde, jurisprudencial que subraya el peligro que los juicios retrospectivos entrañan para alcanzar decisiones justas.

Ya en 2006 un joven penalista, Jaime Alonso Gallo, describió con extraordinaria claridad la gran transcendencia penal del sesgo retrospectivo:⁵³

“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”.

Otro gran jurista español, el hoy juez Arturo Muñoz Aranguren, tras una larga y admirable labor divulgadora sobre el conjunto de sesgos cognitivos, repasó en un magnífico estudio panorámico, bajo el elocuente título “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”⁵⁴, la importancia de los errores de retrospectiva y las varias sentencias en que los Tribunales españoles ya lo han mencionado.⁵⁵ Para Muñoz Aranguren la supresión completa del sesgo retrospectivo es extraordinariamente complicada -por no decir imposible-, pero sugiere algunos remedios que pueden paliarlo, entre los que destacaré dos:

⁵² Como ya indiqué con anterioridad, englobo bajo el término general “errores de retrospectiva” las tres modalidades que distingo: el “*hindsight bias*” (o “ilusión retrospectiva” de previsibilidad); la “falacia *ex post facto*”; y la “falacia de la arboleda”. En la terminología de nuestros tribunales, se suele utilizar la expresión “sesgo retrospectivo” para referirse tanto al *hindsight bias* como a la falacia *ex post facto*.

⁵³ Jaime Alonso Gallo, “Errores y Sesgos Cognitivos en la Expansión del Derecho Penal”, en la obra colectiva “Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. En Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García”, Editorial Colex, Madrid, 2006. Véase también, del mismo autor, “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, *InDret*, octubre de 2011, disponible en <https://indret.com/las-decisiones-en-condiciones-de-incertidumbre-y-el-derecho-penal/>.

⁵⁴ Arturo Muñoz Aranguren, “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 4, 2019.

⁵⁵ Entre su ingente colección de trabajos previos, puede destacarse, en particular, Arturo Muñoz Aranguren, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *InDret*, abril de 2011, disponible en <https://indret.com/la-influencia-de-los-sesgos-cognitivos-en-las-decisiones-jurisdiccionales-el-factor-humano-una-aproximacion/>. En la exposición citaré varias de las muchas sentencias que este valioso estudio cita.

- La formulación mental de resultados alternativos al finalmente acaecido
- El reforzamiento de la obligación de motivación de las resoluciones judiciales

Todavía más recientemente, D. Ignacio Sancho Gargallo, magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su magnífica exposición de los sesgos que dificultan el arte de juzgar, ha incluido entre ellos el *hindsight bias*, que explica en estos términos:⁵⁶

“*Ex post*, una vez ocurrido un evento, sin darnos cuenta, tendemos a exagerar su previsibilidad *ex ante*. Las incertidumbres son invisibles retrospectivamente (...) Este mismo sesgo [retrospectivo] se ha formulado a veces como “sesgo de resultado”, cuando se juzga una decisión basándose en el resultado final, en lugar de en la calidad de la decisión en el momento en que se tomó. Esto último tiene gran relevancia al juzgar sobre las acciones de responsabilidad por culpa o negligencia, por ejemplo, en la responsabilidad civil de médicos, arquitectos, abogados y también administradores de sociedades de capital (...) Este sesgo, a veces, incluso aflora bajo un razonamiento falaz, pues se llega a argumentar que el resultado dañoso pone en evidencia que no se adoptaron las medidas que hubieran sido necesarias para evitarlo”.

Por fortuna, no se trata ya de una mera tendencia doctrinal: muchas sentencias de los tribunales españoles, especialmente de la jurisdicción civil, han alertado del riesgo de los errores o sesgos de retrospectiva.

El propio magistrado Sancho Gargallo menciona en su discurso como doctor *honoris causa* dos sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que resaltan la necesidad de evitar tales errores. Además de la ya citada STS 263/2017, de 3 de mayo, sobre patentes, señala también la STS 732/2014, de 26 de diciembre, sobre una acción de responsabilidad social ejercida por una sociedad cotizada contra los antiguos administradores que entre marzo y diciembre de 2007 habían comprado, a través de *equity swaps*, un gran volumen de acciones de la propia compañía (autocartera), lo que acarreó a la compañía grandes pérdidas cuando en 2008 se produjo el derrumbe de su cotización. La sentencia rechazó el ejercicio de la acción y confirmó la sentencia recurrida, entre otros, por el siguiente motivo:⁵⁷

“La sentencia examina si la conducta de los administradores demandados podía calificarse de antijurídica, pero no juzgando *ex post facto*, sino situándose en el momento en que se realizó, antes del estallido de la burbuja inmobiliaria. Y para ello, apoyándose en el informe Accuracy, advierte que, a finales de 2007, cuando se habían realizado las compras de autocartera, los principales índices mundiales, incluso del sector inmobiliario, se encontraban en su punto más alto. Luego expone cómo las entidades expertas y con mayor conocimiento de la situación financiera y patrimonial de la sociedad y de sus exigencias, y con el mayor interés en que la sociedad cumpliera con sus obligaciones, no sólo no formularon reproche alguno, sino que incluso facilitaron las operaciones. Y concluye que no cabe calificar de comportamiento antijurídico la actuación de los administradores demandados”.

En su artículo panorámico sobre el sesgo retrospectivo, Muñoz Aranguren menciona otras tres sentencias adicionales del Tribunal Supremo que se refieren a él.

Así, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 867/2015, de 10 de diciembre, analizó si había estado fundamentada en suficientes indicios un auto judicial que autorizó una intervención

⁵⁶ Ignacio Sancho Gargallo, “El arte de juzgar...”, *op.cit.*, párrafo 16.

⁵⁷ Fundamento de Derecho 14.

telefónica entre los acusados, en la que se interceptaron conversaciones que confirmaron los indicios de actividad delictiva de los acusados.

Pues bien, 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 conclusión que “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”

De vuelta a la jurisprudencia de la Sala 1ª, la sentencia 93/2017, de 15 de febrero, de la que fue ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, tuvo que pronunciarse sobre si estaba fundada una acción de rescisión concursal contra un acuerdo de refinanciación acordado con uno de sus acreedores (con quita del 25%, rebaja sustancial del tipo de interés y alargamiento de plazos) por una cooperativa que atravesaba por una delicada situación financiera y más tarde acabó en concurso.

Pues bien, el Tribunal Supremo confirmó la desestimación de la acción concursal por la Audiencia Provincial, que se había basado 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”.

La tercera sentencia citada por Muñoz Aranguren, también de la Sala 1ª, la 669/2017, de 14 de diciembre, de la que fue ponente el magistrado D. Pedro José Vela Torres, 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 que la cláusula que establecía el IRPH como índice de referencia había sido abusiva, por falta de transparencia, basándose en el argumento de que “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”.

Pues bien, el Tribunal Supremo advirtió que la evolución del IRPH y del euribor en el período 2004-2007, antes de la concesión del préstamo, había sido relativamente paralela, y casó la sentencia de la Audiencia 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 Audiencia tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. (...) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(TJUE) ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato (...). La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento".

A las sentencias citadas por Sancho Gargallo y Muñoz Aranguren cabe añadir otras posteriores de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que hacen referencia expresa también al sesgo retrospectivo. Así, las sentencias 154/2019, de 14 de marzo, y 351/2019, de 25 de junio, de las que fue ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno, desestiman los recursos porque “se plantean con un claro sesgo retrospectivo del riesgo asumido, una vez conocido el resultado de la inversión realizada”; y la 117/2022, de 15 de febrero, de la que fue ponente D. Pedro José Vela Torres, relativa también a un préstamo referenciado al IRPH, menciona “el sesgo retrospectivo en que se incurre cuando se juzga el desequilibrio años después de la contratación y a la vista del resultado evolutivo de los distintos índices”.

Más recientemente, la sentencia de la Sala 1ª 443/2023, de 31 de marzo, de la que fue ponente D. Pedro José Vela Torres, relativa a responsabilidad social de los administradores de una sociedad, manifiesta, refiriéndose a la ya mencionada “regla de la discrecionalidad empresarial” que consagra el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital:

“Se parte de la base de que la gestión empresarial comporta por sí misma un nivel de riesgo, que deriva de la incertidumbre, imposible de eliminar, acerca de las consecuencias de las decisiones adoptadas. Por lo que no debe hacerse responsables a los administradores sociales de las consecuencias lesivas producidas cuando se han mantenido dentro de dicho ámbito de la gestión de la sociedad, aunque las decisiones adoptadas se hayan revelado posteriormente como equivocadas, sin que se deba incurrir en un sesgo retrospectivo”.

La conclusión resulta tan inevitable como tranquilizadora: aunque con cierto retraso, el Tribunal Supremo español, especialmente su Sala de lo Civil, ha consagrado la doctrina de que, al juzgar responsabilidades por conductas pasadas, hay que evitar el sesgo retrospectivo.⁵⁸

X. CONCLUSIÓN

En su ya citado discurso como doctor *honoris causa*, el magistrado Sancho Gargallo manifestó:⁵⁹

« Durante mucho tiempo, en el ámbito europeo continental apenas se ha prestado atención a los sesgos cognitivos. Ha existido una especie de mito sobre la inmunidad de los jueces a los prejuicios y sesgos, que en sí mismo ya constituye un sesgo. Y, al mismo tiempo, oír hablar de sesgos se percibe directamente como una crítica a la labor judicial, o, cuando menos, como una exigencia añadida a una situación de saturación de obligaciones y sobrecarga de trabajo.

⁵⁸ Una serie de trece sentencias de la Sala 1ª del Tribunal, concluida, de momento, con la 950/2023, de 14 de junio, todas relativas a la indemnización de los daños provocados por el cártel de los camiones, hacen también una breve mención del sesgo retrospectivo y señalan que para juzgar si los demandantes hicieron un esfuerzo probatorio suficiente para cuantificar el daño el juzgador debe situarse en el momento en que se presentó la demanda, “para no caer en un sesgo retrospectivo”. Como puede observarse, el Tribunal Supremo se refiere aquí, como ocurre también en otras sentencias, a la variante de error retrospectivo que he llamado “falacia *ex post facto*”, no a la que he llamado “ilusión retrospectiva” (*hindsight bias*).

⁵⁹ Ignacio Sancho Gargallo, “El arte de juzgar...”, *op.cit.*, párrafo 10.

Lo anterior justifica la escasa atención que en nuestro país y, en general, en Europa se ha dado a esta materia en la formación de los jueces. Lo que contrasta con los países anglosajones, donde existen muchos trabajos sobre la incidencia de los sesgos en el enjuiciamiento. Esto último tendría su justificación en la mencionada relación de los sesgos con la imparcialidad y el poder vertebrador que tiene este principio en la configuración del poder judicial en el mundo anglosajón, a diferencia de lo que sucede en nuestro entorno (en todo el derecho continental) en el que la jurisdicción se articula más alrededor del principio de independencia, y la imparcialidad se da por hecha. Esa naturalización de la imparcialidad es muy valiosa porque conlleva un elevado nivel de protección frente a los riesgos de la parcialidad consciente. Pero no nos protege tanto de la parcialidad inconsciente».

Todos los sesgos cognitivos que el magistrado Sancho Gargallo analiza (sesgo confirmatorio, sesgo de primera impresión, sesgos de afinidad, efecto halo y sesgo de resultado o retrospectivo) son relevantes. Pero, a mi juicio, los errores de retrospectiva tienen singular importancia, pues constituyen un peligro estructural: acechan en todos aquellos procedimientos judiciales y arbitrales en los que, como ocurre casi siempre, se juzgan conductas pasadas,

Ese conocimiento del desenlace posterior de la « película » hará que, espontáneamente, sin darse cuenta, el juzgador :

- No perciba la incertidumbre sobre el futuro de quienes protagonizaron los hechos y los múltiples « *red herrings* » (pistas falsas) que les rondaban y que apuntaban en direcciones distintas a lo finalmente ocurrido.
- En consecuencia, tienda a pensar que lo ocurrido era mucho más previsible de lo que en realidad fue.

Hitchcock se percató de que no podría disfrutar de una película suya aquel a quien ya se la hubieran destripado, porque sería inmune a los *red herrings* (pistas falsas) que había sembrado para despistarle.

La labor de jueces y árbitros al enjuiciar acontecimientos pasados cuyo desenlace ya conocen es siempre difícil, pues los errores de retrospectiva son insidiosos: se asemejan a las “ilusiones ópticas” y nos hacen “ver” intuitivamente cosas -como que el protagonista “sabía lo que iba a ocurrir”- que son a menudo fruto de una ilusión de nuestros sentidos.

Pero esos errores retrospectivos serán no ya difíciles, sino imposibles de evitar por quienes desconozcan su existencia o desprecien su capacidad para conducirnos al error y provocar decisiones injustas. Esos escépticos -espero que sean cada vez menos- debieran preguntarse por qué a Hitchcock le molestaba tanto que alguien destripara sus películas.