

## Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica

Arturo Muñoz Aranguren

Universidad Complutense de Madrid

## Abstract

*This paper aims to analyze the hindsight bias from the legal standpoint. It offers a definition and an explanation of this bias, and also a review of recent judgments to which they relate. Furthermore, we analyze several legal regulations that have been enacted by the Spanish parliament to neutralize this bias and additional techniques that, according to the specialized literature, could help to mitigate its effects.*

*El presente trabajo tiene por objeto examinar el sesgo de retrospectiva desde una perspectiva jurídica. Se procede a su definición y explicación, así como a analizar diversas resoluciones judiciales que se han referido a él en fechas recientes. A continuación, se examinan algunas normas que se han promulgado por el legislador español para neutralizarlo, así como las técnicas adicionales que, según la literatura especializada, pueden aplicarse para mitigar sus efectos.*

*Title:* Return to the past: the hindsight bias from the legal perspective

*Palabras clave:* sesgos cognitivos, sesgo retrospectivo, psicología jurídica, regla de la protección de la discrecionalidad empresarial, técnicas de neutralización

*Keywords:* cognitive biases, hindsight bias, behavioral law, business judgment rule, debiasing techniques

## Sumario

1. Introducción: el punto de partida
2. El cambio de apreciación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas en los últimos años
3. Cómo actúa el sesgo retrospectivo
4. Su toma en consideración por la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo español
  - 4.1 Denuncias anónimas y automatismo en la concesión de la autorización judicial para la intercepción de las comunicaciones: la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 867/2015, de 10 de diciembre (RJ\2015\6230; MP: Antonio del Moral García)
    - a) Análisis de la STS
    - b) ¿Un modelo de instrucción en crisis?
  - 4.2. Tipos de interés y populismo judicial: la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 669/2017, de 14 de diciembre (RJ 2017\5167; MP: Pedro José Vela Torres)
    - a) Análisis de la STS
    - b) Un acertado cambio de perspectiva

- 4.3. Acuerdos de refinanciación y *non sequitur*: la STS nº 93/2017, de 15 de febrero (RJ 2017\587; MP: Ignacio Sancho Gargallo)
  - a) Análisis de la STS
  - b) Un problema (no solo) de competencia institucional
- 5. Medidas legislativas adoptadas para neutralizar sus efectos
  - 5.1. La protección de la discrecionalidad empresarial
  - 5.2. La imposibilidad de considerar como defectuoso un producto por el solo hecho de que se ponga posteriormente en circulación por el empresario de forma más perfeccionada
  - 5.3. La inadecuación del análisis *ex post facto* del estado de la técnica a la hora de evaluar la actividad inventiva de una patente
- 6. ¿Qué más puede hacerse?
- 7. Tabla de jurisprudencia citada
- 8. Bibliografía

*“Pero todos esos indicios de lo que ocurrió, tanto del lado ruso como francés, se invocan ahora solo porque se ajustan al suceso acaecido. Si este no hubiera ocurrido, estarían tan olvidados hoy como lo están los miles de indicios y expectativas de lo contrario que entonces existían, pero que ahora se han olvidado porque el suceso acaecido los falsó. Se formulan siempre tantas conjeturas sobre la causa de un suceso que, con independencia de lo que ocurra, siempre se encuentran gentes que afirmen: “¡Ya lo había dicho yo! Olvidan que entre esas incontables conjeturas efectuadas muchas apuntaban en sentido contrario”.*

*Guerra y Paz, León TOLSTÓI*

### **1. Introducción: el punto de partida**

Un signo distintivo del pensamiento ilustrado es el monopolio del método científico como forma de aproximarse al estudio de la realidad. En algunas disciplinas, especialmente en las llamadas ciencias experimentales, esta premisa es indiscutida e indiscutible. En otras, como el Derecho, la opinión predominante es la contraria. Como ha señalado convincentemente MOLINA FERNÁNDEZ (2011, p. 7), “todavía hoy es muy mayoritaria entre los juristas la, no por extendida menos discutible tesis de la especificidad, en un sentido fuerte, de lo normativo<sup>1</sup>”. Con arreglo a esa visión mayoritaria, lo esencial de la dogmática jurídica sería la elaboración, aplicación e interpretación de un conjunto de normas –que, por definición, se refieren al “deber ser” de la conducta humana–, que discurrirían en un plano distinto al de otras disciplinas que, por el contrario, sí estarían guiadas por el método científico aplicado a la realidad de los hechos sensibles. Como indica agudamente este autor, esos juristas no aciertan a señalar –sin apelar a la metafísica o razonamientos puramente tautológicos– cuál sería entonces el anclaje último del que la normatividad jurídica se derivaría. Además, sabemos por medio del segundo teorema de incompletitud de Kurt GÖDEL que los principios o axiomas sobre los que se asienta un sistema solo

---

<sup>1</sup> Entendiendo por “sentido fuerte” no la “(trivialmente correcta) afirmación de que el mundo del derecho es un mundo de normas, y por ello relativo a lo que debe ser, sino de que este deber ser no puede derivarse del ser sin incurrir en la falacia naturalista”, MOLINA FERNÁNDEZ (2011, p. 7).

pueden ser definidos extramuros del mismo<sup>2</sup>. Y, en la esfera de lo jurídico, tanto el contenido como la estructura del Derecho deben sustentarse sobre los principios que impone la realidad<sup>3</sup>.

A mi juicio, a este espeso poso de pensamiento dogmático responde, en último término, la escasa influencia de los hallazgos relevantes de otras ciencias (como pueden ser la economía o la psicología), tanto en los trabajos de la academia jurídica, como en la práctica diaria del Derecho<sup>4</sup>. Ese déficit de atención de los juristas sobre la realidad es más acusado en los sistemas de *Civil Law* que en la familia del *Common Law*. Es sabido que la dogmática jurídica no llegó a desarrollarse con plenitud en los EEUU como consecuencia del predominio del realismo jurídico, mientras que en la Europa continental se desarrolló de forma muy sofisticada, apoyándose fundamentalmente en la Filosofía, que era el estudio dominante en las universidades alemanas desde el siglo XIX<sup>5</sup>.

La vertiente cognitiva de la psicología jurídica –denominada en algunas ocasiones como “análisis conductual del Derecho”– focaliza su atención de forma primordial en la denominada premisa menor del silogismo jurídico. Es decir, en la correcta determinación de la *quaestio facti* en el seno de los procedimientos judiciales. Y ello porque los sesgos cognitivos afectan, fundamentalmente, a la apreciación de los hechos por parte de los órganos judiciales<sup>6</sup>. En la medida en que este análisis se mueve en el plano de la valoración de la prueba por parte de jueces y jurados, no tiene la intención de sustituir la tradicional ciencia del Derecho, sino que pretende enriquecerla con los instrumentos de análisis de otras ciencias sociales, como es el caso de la psicología<sup>7</sup>.

Aunque el *Behavioral Law* esté originariamente relacionado con el análisis económico del Derecho<sup>8</sup>, lejos de representar un nuevo caso del denominado "imperialismo del análisis económico" supone, en realidad, incorporar al ámbito jurídico enseñanzas procedentes del campo de la psicología cognitiva. Lo que no implica desdeñar, como es natural, el análisis económico de las figuras jurídicas, sino arrojar luz sobre la influencia que tienen, en la toma de decisiones jurisdiccionales, determinados errores cognitivos recurrentes, de forma que

---

<sup>2</sup> Una reflexión semejante –y anterior en el tiempo– puede encontrarse en la proposición 6.41 del *Tractatus Logico-Philosophicus* de WITTGENSTEIN (2003, p. 129). Curiosamente, y en relación con el *sentido* del lenguaje, también alcanzaron casi coetáneamente esa misma conclusión HEIDEGGER y BENJAMIN. Da cuenta de ello EILENBERGER (2019, pp. 209-213).

<sup>3</sup> VILLAR PALASÍ Y VILLAR EZCURRA (1993, p. 87).

<sup>4</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL (2012), [“¿Por qué el análisis económico del Derecho no ha tenido \(tanto\) éxito en Europa?”](#) Una visión más optimista puede leerse en FRANCISCO MARCOS (2015).

<sup>5</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER (2019, pp. 14-15) y ALFARO ÁGUILA-REAL (2012), [“¿Por qué el análisis económico del Derecho no ha tenido \(tanto\) éxito en Europa?”](#)

<sup>6</sup> Aun cuando no es descartable que determinados sesgos, como el de grupo, puedan afectar también a la selección de la norma aplicable por parte del juez.

<sup>7</sup> Lógicamente, la psicología –y las neurociencias– tienen mucho que aportar a la investigación jurídica, y no solo en lo que se refiere a los sesgos cognitivos. Quizá donde más avances se hayan producido hasta la fecha es en la denominada “psicología del testimonio”, pero es pertinente mencionar también, por ejemplo, las indagaciones sobre el libre albedrío y el principio de culpabilidad al hilo de los recientes hallazgos de las neurociencias. Los puntos de interacción entre ambas disciplinas son múltiples, a pesar de lo cual no abundan los trabajos elaborados conjuntamente por psicólogos y juristas. Entre las excepciones recientes, *vid.* PEÑARANDA RAMOS *et al* (2017).

<sup>8</sup> SUNSTEIN *et al*, 1998.

se pueda proceder, en la medida de lo posible, a su neutralización. Su función es, por ello, tanto descriptiva como normativa<sup>9</sup>.

Tampoco creo que *Behavioral Law and Economics* –al menos en sus formulaciones acabadas más recientes– tenga por objeto primordial proponer un modelo general de comportamiento de los actores económicos alternativo al del *homo œconomicus*, sino refinarlo<sup>10</sup>. Simplificando en exceso, con arreglo a la economía neoclásica la conducta humana estaría regida por dos axiomas fundamentales. El primero es que el ser humano es un ente básicamente egoísta, que solo busca maximizar su propio interés. El segundo es que adopta sus decisiones racionalmente, es decir, que es capaz de conocer sus preferencias, ordenarlas de manera lógica y efectuar cálculos ante cada elección, con la finalidad siempre de maximizar su beneficio y minimizar los costes. La aportación fundamental de la psicología cognitiva aplicada a la microeconomía es que los seres humanos estamos dotados de una “racionalidad limitada<sup>11</sup>”, de forma que algunos atajos mentales en la toma de decisiones nos llevan de forma inconsciente a incurrir en errores o desviaciones sistemáticas (los denominados sesgos<sup>12</sup>). Es decir, no se trata de que cada individuo se aparte, a su manera, del patrón de la racionalidad práctica a la hora de tomar decisiones. Lo decisivo es que se ha detectado a través de numerosos experimentos *un elenco de sesgos concreto* en los que los seres humanos incurrimos *de forma recurrente*.

## 2. El cambio de apreciación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas en los últimos años

Dicho todo lo anterior, creo que sería injusto no reconocer algunos importantes avances producidos en los últimos años en la recepción tanto doctrinal como jurisprudencial en España de las enseñanzas de la psicología cognitiva<sup>13</sup>. Para hacernos una idea del vacío inicial de que se partía, hasta hace apenas diez años tan solo se había publicado en nuestro país por la doctrina jurídica un trabajo que estudiaba el influjo de las disfunciones cognitivas en la toma de decisiones judiciales<sup>14</sup> y –hasta donde me alcanza– ninguna resolución judicial española las había analizado o tomado en consideración hasta entonces.

<sup>9</sup> En efecto, la psicología jurídica también puede cumplir una función normativa, es decir, servir para el diseño de las normas, explicando cómo es previsible que reaccionen sus destinatarios.

<sup>10</sup> EARL (2018, p. 117).

<sup>11</sup> CALAZA y DE LA DEHESA ROMERO (2014). La expresión original la acuñó el premio Nobel de Economía Herbert A. SIMON (1955, pp. 99-118).

<sup>12</sup> En lo que se refiere a la puesta en cuestión del modelo estándar de comportamiento del *homo œconomicus*, la psicología cognitiva también ha puesto de manifiesto la “voluntad limitada” (*bounded willpower*) y el “auto-interés limitado” (*bounded self-interest*) de los seres humanos. *Vid.*, sobre este particular, SILVA SÁNCHEZ (2013, pp. 204-235). Aprovecho para rectificar alguna expresión equívoca empleada por mí mismo en el pasado. En rigor, no se trata de que el ser humano actúe, en determinados contextos, *irracionalmente* (adoptando por ello decisiones erróneas), sino de que, al disponer de una *racionalidad limitada*, incurre en equivocaciones sobre las que, por su recurrencia, pueden extraerse patrones de conducta (sesgos).

<sup>13</sup> A la difusión en España del *Behavioral Law and Economics* han contribuido de forma decisiva las diversas sesiones dedicadas a este enfoque en los últimos años por la FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA (FIDE).

<sup>14</sup> ALONSO GALLO (2006, pp. 31-48). Debe aludirse también a la obra de CONTHE GUTIÉRREZ (2007), así como a su permanente labor difusora del *Behavioral Law and Economics* a través de numerosas columnas

En 2019, son ya numerosos los estudios doctrinales publicados por juristas españoles tomando en consideración esta perspectiva cognitiva<sup>15</sup>. Adicionalmente, existe ya un pequeño grupo de procesalistas españoles, del que forman parte, por ejemplo, los profesores NIEVA FENOLL<sup>16</sup> o PICÓ I JUNOY<sup>17</sup>, que incorporan con absoluta naturalidad las enseñanzas de la psicología contemporánea a sus trabajos<sup>18</sup>.

Por otro lado, desde el campo de la psicología se han publicado en los últimos años importantes trabajos de investigación empírica por autores españoles, centrados en evaluar la influencia de los sesgos cognitivos en las resoluciones judiciales<sup>19</sup>.

Este novedoso interés por la influencia de la psicología jurídica también ha encontrado eco en la jurisprudencia española de los últimos años, bien porque los abogados de las partes han introducido esta perspectiva en el debate procesal a través de sus alegaciones, bien porque el propio órgano judicial, de oficio, ha aplicado alguno de sus hallazgos.

Así, las referencias a la psicología cognitiva, especialmente en la jurisdicción penal, no son algo ya insólito, y una simple búsqueda en los repertorios de jurisprudencia evidencia que varias decenas de sentencias de Audiencias Provinciales dictadas en los últimos años hacen referencia a los sesgos cognitivos<sup>20</sup>. Pueden citarse como ejemplos más significativos –por la reiteración de pronunciamientos y el excelente manejo de los conceptos– varias sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>21</sup> y, muy especialmente, por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>22</sup>.

---

publicadas en los últimos años en el diario *Expansión*, así como a través de las entradas de su blog “El Sueño de Jardiel”.

<sup>15</sup> Sin ningún ánimo exhaustivo: RAMÍREZ ORTÍZ (2019); ANTÓN Y ABAJO (2018); FERNÁNDEZ DEL POZO (2018); VARELA (2017); RODRÍGUEZ CELADA (2017); GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2015); CASTILLA CUBILLAS (2015); MARTÍN ROMÁN, ÁNGEL L.; MORAL DE BLAS, ALFONSO; MARTÍNEZ MATUTE, MARTA (2013); SILVA SÁNCHEZ (2013, pp. 203-243); MUÑOZ ARANGUREN (2013); CASTILLA CUBILLAS (2012); MUÑOZ ARANGUREN (2012); ALONSO GALLO (2011); MUÑOZ ARANGUREN (2011) o DOMÉNECH PASCUAL (2006).

<sup>16</sup> *Vid.*, *Enjuiciamiento Prima Facie. Aproximación al Elemento Psicológico de las Decisiones Judiciales* (2007) o “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad” (2012).

<sup>17</sup> Por ejemplo, al analizar el efecto psicológico que la prueba declarada nula produce en el juez llamado a conocer del asunto, ya que a pesar de no poder fundar su decisión en ella, es difícil que mentalmente pueda abstraerse de su resultado Cfr. PICÓ I JUNOY (2012, pp. 35-37). Es el conocido como “efecto irónico” (*Vid.* MUÑOZ ARANGUREN, 2013, p. 294, nota 34).

<sup>18</sup> Otros procesalistas españoles destacados también han acudido, aunque sea de forma muy puntual, a esta perspectiva (GASCÓN INCHAUSTI y SÁNCHEZ LÓPEZ, 2019). Entre los penalistas, destacan ALONSO GALLO (2011) y SILVA SÁNCHEZ (2013).

<sup>19</sup> Cfr. ARCE FERNÁNDEZ (2017), FARIÑA RIVERA *et al* (2017), GORDILLO LEÓN *et al* (2016); o RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ *et al* (2015).

<sup>20</sup> En muchas ocasiones de forma explícita, y en otras implícita, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, de 31 de enero de 2019 (JUR 2019\101531, MP: José María Planchat Teruel) asunto *CatalunyaCaixa*, FJ 6ª, donde, en alusión al riesgo de sucumbir al sesgo de retrospectiva, puede leerse: “...y esta ubicación espacio temporal necesariamente pasa por ponerse en el escenario de entonces, significando que «debemos ponernos las gafas de 2010» (recomendación óptica a la que, por cierto, ya había recurrido uno de ellos [de los peritos]-S. Linares García-en fase de instrucción judicial al referir que «ver con las gafas de hoy lo que pasó antes es muy fácil»”.

<sup>21</sup> Entre ellas, las Sentencia núm. 88/2013 de 1 marzo, ARP 2013\771; MP: José Manuel de Paúl Velasco o la núm. 500/2012 de 15 octubre, ARP 2013\410; MP: José Manuel de Paúl Velasco.

<sup>22</sup> Por ejemplo, entre otras, la SAP Madrid, Sección 17ª, nº 1548/2012, de 28 de noviembre (ARP 2012\1280; MP: Jesús Fernández Entralgo), nº 542/2015, de 20 de julio (ARP 2015\978; MP: Jesús Fernández Entralgo) o la nº 516/2015, de 8 de julio (ARP 2015\903; MP: Jesús Fernández Entralgo).

Adelantamos ya que este trabajo tiene por objeto: (i) explicar cómo despliega sus efectos el sesgo de retrospectiva; (ii) mostrar su ubicuidad en el ámbito forense, por medio de ejemplos extraídos de la práctica judicial española; (iii) llamar la atención sobre el notable avance que supone que varias resoluciones recientes de nuestro Tribunal Supremo hayan identificado tal disfunción cognitiva en algunas de las resoluciones que han conocido en vía de recurso de casación; (iv) examinar los remedios legales ya implementados por el legislador español para neutralizar sus efectos en algunas áreas del Derecho; y (v) proponer medidas adicionales que coadyuven a su mitigación.

Es preciso igualmente hacer notar las indudables limitaciones normativas y empíricas de este estudio. En efecto, la muestra podría extenderse sin problemas a otras ramas jurídicas distintas de las examinadas, donde el influjo de este sesgo también puede apreciarse en diversas normas y resoluciones judiciales. No obstante, se ha optado por acotar el objeto de la investigación y análisis a aquellas áreas donde la prevalencia de esta disfunción cognitiva es más saliente y representativa. En modo alguno se trata una panorámica exhaustiva sobre este fenómeno.

### 3. *Cómo actúa el sesgo retrospectivo*

Este error sistemático tiene lugar cuando ya se conocen por un individuo, al valorar determinados hechos pasados, las consecuencias de los mismos, consistiendo en la tendencia inconsciente a considerar, a partir del conocimiento de dichas consecuencias, que las mismas eran previsibles desde un principio<sup>23</sup>. Como señalara en su día ALONSO GALLO (2006, pp. 37 y 43-44)

"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 de este sesgo. 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. En cambio, 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, según diversas investigaciones 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".

Con arreglo a esta disfunción cognitiva, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de sus consecuencias, de manera que tiende a considerar inconscientemente, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que estas eran previsibles desde un principio. Una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto, de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, pero no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha

---

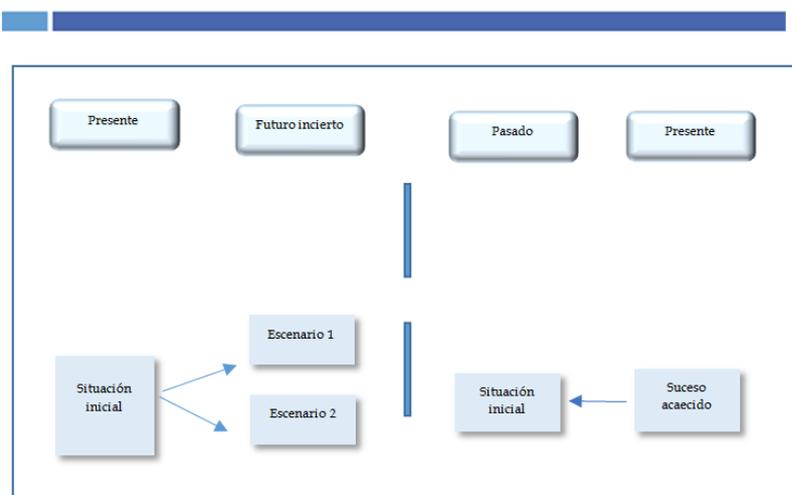
<sup>23</sup> Para una introducción general a este sesgo -desde el campo de la psicología-, *vid.* ROESE y VOHS (2012) o CHRISTENSEN-SZALANSKI y WILHAM (1991).

tenido en su juicio sobre lo acontecido. En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>24</sup>:

“Este pronóstico hipotético precedente ha de hacerse desde una perspectiva inmediatamente anterior a la acción lesiva, haciendo abstracción del resultado efectivamente producido, porque los actuales estudios sobre técnicas heurísticas han demostrado la influencia del denominado «sesgo retrospectivo» («hindsight bias») que -se explica en la bibliografía especializada- «... tiene lugar cuando ya se conocen, al valorar determinados hechos pasados, las consecuencias de los mismos, y consiste en la tendencia a considerar, a partir del conocimiento de dichas consecuencias, que las mismas eran previsibles desde el principio. Este sesgo está relacionado con la técnica heurística de la disponibilidad (los resultados ya producidos y conocidos son más accesibles que los que no han llegado a producirse) ...»

A pesar de tratarse de un error fácilmente explicable y reconocible, numerosos estudios han demostrado que resulta extraordinariamente difícil realizar juicios sobre lo acontecido abstrayéndose por completo de su resultado, de manera que las medidas que se han propuesto para contrarrestar su efecto únicamente consiguen, en el mejor de los casos, mitigarlo parcialmente, pero no eliminarlo por completo (SUNSTEIN *et al.*, 2000).

#### Sesgo retrospectivo: explicación



Otra serie de estudios parecen indicar que los individuos son menos proclives a sucumbir al sesgo de retrospectiva cuando conocen que sus decisiones tendrán consecuencias relevantes (*consequence severity*) y efectivas para el bienestar de otras personas (penas de prisión, indemnizaciones cuantiosas, etc.), en contraposición a cuando hacen esos mismos juicios sobre probabilidades de acaecimiento de hechos en abstracto o en “casos de laboratorio” (HASTIE *et al.*, 1999, pp. 609-610). De ello puede cabalmente inferirse que los jueces y jurados en la vida real padecen el sesgo retrospectivo en menor medida que los individuos que participan en experimentos que simulan su toma de decisiones en un procedimiento judicial<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> SAP Madrid, Sección 17ª, nº 516/2015, de 8 de julio (ARP 2015\903; MP: Jesús Fernández Entralgo).

<sup>25</sup> No tanto por la aplicación del “principio de la incertidumbre” de HEISENBERG al resultado de estos experimentos, como por el hecho de que los individuos parecen realizar un esfuerzo cognitivo suplementario cuando lo que está en juego son consecuencias graves reales para los afectados.

Fue el juez EASTERBROOK quien tempranamente describió, con mayor precisión y elocuencia, cómo funciona este sesgo en el ámbito forense. Se trataba de una reclamación de daños interpuesta por una persona herida por la parada abrupta de un ascensor, como consecuencia de la activación del botón de parada de emergencia por un menor no identificado. En su voto particular concurrente a la Sentencia de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, en el asunto *Carroll v. Otis Elevator Co*<sup>26</sup>, puede leerse lo que sigue:

“La perspectiva *ex post* [facto] de la litigación ejerce una fuerza hidráulica que distorsiona el juicio [...] Cuando llega el pleito, sin embargo, el pasajero herido por una parada [del ascensor] se presenta a sí mismo como una persona, no como una probabilidad. Los jurados ven las lesiones de hoy; las personas que habrían sufrido lesiones si los botones fueran más difíciles de encontrar y utilizar son invisibles. Aunque los testigos/peritos quizá hablen de ellos, son figuras espectrales, insustanciales en comparación con el demandante lesionado, que comparece en carne viva [...] Así que no importa lo rigurosos que sean los jurados, existe un sesgo en el sistema. Las reclamaciones *ex post* son sobrevaloradas y los argumentos técnicos descartados en el proceso judicial”.

Se trata, como es fácil de intuir, de un sesgo cuya presencia se ha detectado de forma recurrente en la resolución de procedimientos judiciales (aun cuando no existe un consenso científico al respecto, algunos estudios apuntan a que los jueces profesionales se verían afectados en menor medida que los jurados a los efectos de esta distorsión cognitiva, pero en ningún caso aquellos serían inmunes a su influjo. [WITTIN, 2016]). Todo proceso judicial entraña un examen retrospectivo del pasado, puesto que no se juzgan sucesos futuros, sino acontecimientos pretéritos. No es por ello errado sostener la existencia de una analogía estructural entre el proceso judicial y el experimento científico<sup>27</sup>. Singularmente, en el caso del proceso penal se somete a examen la tesis acusatoria y solo si esta queda probada “más allá de toda duda razonable” se acepta la condena del acusado. En el proceso civil, por mucho que el umbral probatorio sea menos exigente, para estimar o no una demanda deberá atenderse –cuando el debate procesal sea fáctico–, al menos, a la tesis de la prueba preponderante. Esto es, en ningún caso podría estimarse una demanda cuando la probabilidad de acaecimiento de los hechos en que se funde fuera inferior al 50%<sup>28</sup>.

#### ***4. Su toma en consideración por la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo español***

Para calibrar verdaderamente hasta qué punto la perspectiva del llamado *Behavioral Law and Economics* ha dejado de ser completamente marginal en la praxis judicial española, haremos notar que dos Salas del Tribunal Supremo, la Primera y la Segunda, han aplicado sus enseñanzas en fechas relativamente recientes. Y no por casualidad lo han hecho con relación al sesgo retrospectivo en el que han incurrido los jueces de instancia en su toma de decisiones, ya que las características idiosincráticas de todo proceso judicial propicia –como

<sup>26</sup> *Carroll v. Otis Elevator Co.*, 896 F.2d 210 (7th Cir.1990).

<sup>27</sup> Cfr. VÁZQUEZ-ROJAS (2014).

<sup>28</sup> Siguiendo a GASCÓN ABELLÁN (2005, p. 130), “desde una perspectiva epistemológica cabe decir que la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad prevalente, que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en el proceso civil”.

ya hemos explicado- su aparición. Su toma en consideración por las Salas de lo Civil y de lo Penal del TS está, a mi juicio, lejos de ser una cuestión anecdótica, ya que el uso de las aportaciones de la psicología cognitiva que hacen los magistrados del Alto Tribunal afectaba al núcleo decisorio de los casos que resolvieron. Es igualmente significativo que el análisis desde la perspectiva de la psicología jurídica que efectúa el TS no sea, en ninguna de las tres resoluciones analizadas, meramente superficial o como cita *ad pompam vel ostentationem*, sino que responda a una aplicación rigurosa de los hallazgos científicos sobre el sesgo de retrospectiva. Veámoslo.

#### **4.1 Denuncias anónimas y automatismo en la concesión de la autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones: la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 867/2015, de 10 de diciembre (RJ\2015\6230; MP: Antonio del Moral García)**

##### a) Análisis de la STS

Los hechos, muy sucintamente explicados, son como siguen. La policía recibe varias denuncias anónimas contra dos ciudadanos españoles, a los que se señalaba como adquirentes de relevantes cantidades de droga, supuestamente ayudados por un tercero encargado de repartirla a diversos traficantes para su venta a pequeña escala. Se trataba, siguiendo el relato del TS, de información confidencial cuya credibilidad no podía contrastarse si no era a través de investigaciones posteriores. En el curso de esas investigaciones, la policía recibió una nueva información anónima, en el sentido de que esas dos personas hacía más de diez años que, presuntamente, se dedicaban al tráfico de estupefacientes. El TS lo resume así:

“En el oficio policial (en el auto y en la sentencia se reiteran idénticos antecedentes, de forma más o menos sintética) se relacionan los siguientes elementos:

a) Delaciones anónimas recibidas desde el mes de mayo de 2010 señalaban a dos españoles como adquirentes de relevantes cantidades de cocaína ayudados de un tercero encargado de repartirla a los traficantes para su venta al menudeo: es una información confidencial cuya credibilidad no se puede contrastar si no es mediante investigaciones posteriores.

b) Se inician investigaciones. En el curso de ellas (hay que suponer que también a través de fuentes confidenciales, presumiblemente las mismas) reciben información de que hace más de diez años que tales personas se dedican a esa actividad ilícita. Esto no añade nada a lo anterior. Nos seguimos moviendo en el plano de las confidencias emanadas de fuente anónima cuya fiabilidad, precisamente por ello, el juez no está en condiciones de evaluar.

c) A través de vigilancias se comprueba que los investigados (señalados por esas confidencias según se sobreentiende) Gabino y Landelino se han reunido en varias ocasiones y han realizado viajes juntos con una furgoneta ( ....-JYY ) supuestamente habilitada para ocultar droga (no se explica por qué conocían este extremo lo que le priva de toda capacidad fundante de la medida). En concreto se observa a finales de julio un desplazamiento de los citados junto con un tercero a Enova donde contactan con una persona que es identificada como Alberto (Rata). Había sido detenido en Amsterdam tiempo atrás (no se indica fecha) cuando se disponía a regresar a España por tráfico de drogas (según las delaciones seguía dedicándose a esa actividad). Tenemos un contacto con una persona que hace años tuvo relación con el tráfico de drogas. Es de suponer que esa persona había de mantener contactos con otras muchas; no solo con los investigados. El dato es tremendamente abierto.

d) El 8 de octubre detectan la presencia de Everardo (Limpiabotas) de quien dicen que es conocido como presunto traficante de drogas, aunque sin explicar a qué obedece esa valoración: si lo saben por noticias confidenciales, por implicación en otros hechos o investigaciones, por sus antecedentes penales o policiales. Del contexto parece inferirse que son también informaciones confidenciales. Está junto al domicilio de Vila. Ha llegado allí en una furgoneta y accede a la vivienda tras un reconocimiento visual. Las informaciones de fuente anónima apuntan a que es esta persona quien reparte la sustancia obtenida por aquéllos. La relación con Landelino (Torero) queda avalada por la existencia de una denuncia frente a ambos en agosto de 2006 (cuatro años antes) por una infracción de la Ley de Seguridad Ciudadana (tenencia y consumo de estupefaciente en vía pública).

e) Comprueban otro día que Limpiabotas (Everardo) se desplaza con una furgoneta ....-QJK a una localidad cercana donde se entrevista con quien resultó ser Severiano quien en una denuncia anónima había sido señalado como abastecedor de otros traficantes entre ellos un tal Gustavo, de etnia gitana, que había sido detenido en agosto de 2010 por un delito contra la salud pública.

f) En octubre de 2010 comprueban como Landelino (Torero) se reúne con Pedro que había sido detenido en 2007 por un delito contra la salud pública encontrándose en libertad bajo fianza. El 30 de marzo de 2008 había sido denunciado también por una infracción de la ley de seguridad ciudadana relacionada con la tenencia de drogas. Se reúnen con un tercero al que no se llega a identificar (aunque pudiera tratarse -se apunta- de Vila)".

Con este material indiciario, la policía solicita -y obtiene- del juez instructor la autorización para intervenir las comunicaciones de las personas investigadas. De la posterior escucha de sus conversaciones grabadas se desprende que, efectivamente, los investigados se dedicaban al tráfico de drogas. Interesa hacer notar que, como era previsible, las defensas de los acusados denunciaron en el plenario la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas por el juez instructor, alegando una vulneración del derecho fundamental de secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 de la Constitución Española y aduciendo que eran igualmente nulas las sucesivas actuaciones policiales y pruebas obtenidas a través de ellas, por ser consecuencia de la intervención telefónica -viciada de nulidad- precedente.

A su juicio, la falta de elementos objetivos incriminatorios *ex ante* contra los investigados debieron haber llevado al juez a denegar una injerencia tan intrusiva para el derecho al secreto de las comunicaciones como era la interceptación de sus conversaciones telefónicas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 872/2014 de 17 diciembre, Sección 3ª, (ARP 2015\104; MP: Mª del Carmen Melero Villacañas-Lagranja) rechazó esa denuncia de vulneración del art. 18.3 CE. Esta resolución, de forma meritoria, realiza un análisis detallado de los datos contenidos en las denuncias y de su posterior confirmación por medio de las comunicaciones interceptadas. Sin embargo, se aprecia que, en varios pasajes, sucumbe al sesgo de retrospectiva, como cuando sostiene (FJ 1º) que "en todo caso, gran parte de los datos objetivos en que se fundamentó el oficio inicial de la intervención telefónica y el autor que la autorizó se ha demostrado que responden a la realidad con posterioridad". Porque, como es obvio, para enjuiciar si el auto del juez instructor que acordó esta medida restrictiva de los derechos fundamentales de los investigados se hallaba o no suficientemente fundado no solo era irrelevante que esos indicios hubieran sido confirmados por el contenido de las llamadas interceptadas. Es que no podían tomarse en consideración para ese enjuiciamiento *ex post facto* de la labor instructora, pues en caso

contrario se estaría permitiendo que la información que salió a la luz con posterioridad al auto que acordó la interceptación de las comunicaciones respaldara “retroactivamente” la decisión del juez instructor. En otro pasaje revelador de esta Sentencia, la Audiencia Provincial persevera en este error cognitivo:

“En consecuencia, los autos que acuerdan las intervenciones de comunicaciones telefónicas de los procesados así como las correspondientes prórrogas razonan la existencia de indicios de comisión de delito contra la salud pública por un grupo de personas organizado a tal efecto, así como la intervención de cada una de ellas en los hechos que pudieran integrar el ilícito penal, se les identifica así como los números de teléfono que deben ser intervenidos u objeto de prórroga de la intervención previamente adoptada. *Se observa, además, que los indicios se fundamentan en datos objetivos proporcionados por las investigaciones de la Guardia Civil, tanto previas a las intervenciones mencionadas como derivadas del contenido de las conversaciones obtenidas por éstas, en muchos casos se reproducen los indicios que motivaron fundamenta [sic] la adopción de la intervención inicial* pero siempre se añaden otros datos obtenidos de investigaciones posteriores”.

La Sala de lo Penal del TS casó la sentencia de instancia y declaró no ajustada a Derecho la autorización judicial adoptada en su día para la intervención de las conversaciones telefónicas de los acusados, realizando un escrupuloso análisis *ex ante* del material indiciario en poder del juez instructor en el momento de adoptar la medida. La modélica Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 867/2015, de 10 de diciembre (RJ\2015\6230; MP: Antonio del Moral García) lo razona así:

“De esa panoplia de datos en la que ocupan un lugar prioritario y absolutamente protagonista las informaciones confidenciales, la policía deduce que Gabino y Landelino podrían estar adquiriendo cocaína a Rata, para ser distribuida entre otros por Everardo a diferentes personas como pudieran ser Severiano o Pedro, hasta llegar a vendedores al menudeo, como sería Gustavo.

Si desmenuzamos los datos tenemos: a) noticias confidenciales insuficientes por sí solas para justificar la intervención; b) unas vigilancias durante un tiempo que no se llega a detallar y con continuidad no determinada en la que se constata: i) un desplazamiento de Vila y Torero a Enova donde contactan con Rata que había sido detenido tiempo antes por delito contra la salud pública y que según confidencias seguía dedicándose a esa actividad ilícita; ii) La visita de Everardo al domicilio de Vila. La dedicación de Everardo al tráfico de drogas tampoco consta más que por información igualmente confidencial y que cuatro años antes junto con Torero había sido denunciado por una infracción de la ley de seguridad ciudadana (no se explica el hecho determinante: ¿consumo en vía pública?); iii) Everardo se desplazó a Chella donde se entrevistó con Severiano a quien también informaciones confidenciales le atribuyen esa dedicación a tal actividad ilícita. Esa información confidencial en un extremo diferente (implicación de Gustavo, de etnia gitana) ha sido corroborada; iv) Torero se reunió el 22 de octubre de 2010 con otra persona que en 2007 había sido detenida al ocuparse un importante alijo de cocaína.

Las deducciones descansan casi exclusivamente en las informaciones confidenciales que solo han sido corroboradas en extremos externos muy periféricos y neutros en sí mismos (las relaciones entre unos y otros), pero no en su contenido incriminatorio. A ellas solo se unen como dato objetivo externo contactos puntuales con alguna persona que mucho antes había tenido relación con ese mundo.

Si entresacamos lo que obra en contra de cada uno de los dos investigados cuyas comunicaciones se intervendrán tenemos lo siguiente:

a) Respecto de Gabino: unas confidencias le apuntan como distribuidor de drogas; se relaciona con Landelino al que también confidencialmente se le vincula con esa actividad. Han realizado un viaje

juntos con un tercero visitando a Alberto (quien en fecha que no consta había sido detenido en Ámsterdam por tráfico de drogas); otro día fue visitado por Everardo en su domicilio. A éste también se le relaciona con base en informaciones confidenciales con el tráfico de drogas: la denuncia en virtud de la ley de seguridad ciudadana en 2006 no aporta nada a este respecto; tan solo sirve para mostrar una vinculación personal entre Torero (Landelino) y Everardo. Que Everardo a su vez haya contactado con otra persona que según confidencias estaba relacionada con el tráfico de drogas (Severiano) es dato que afecta a Gabino muy indirectamente. En definitiva: unas confidencias señalan que Gabino se dedica al tráfico de drogas y para ello se relaciona con personas a las que las mismas confidencias involucran el tráfico de drogas. El único dato con más contenido objetivo es que una de las personas con las que contactó en una ocasión había sido detenido tiempo atrás en Ámsterdam.

b) Respecto de Landelino: a lo anterior -sus relaciones con Gabino y la visita a Alberto - solo sumamos una reunión que mantiene en octubre de 2010 con una persona que había sido detenida tres años antes con motivo de una ocupación de cocaína y además había sido sancionada por virtud de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Es un conjunto pobre. Su fuerza indiciaria descansa básica y fundamentalmente en las informaciones confidenciales. Si las hacemos desaparecer lo que nos queda son relaciones entre personas que fueron detenidas por infracciones de la Ley de Seguridad Ciudadana y en algún caso por delitos contra la salud pública, a veces varios años antes. No pueden bastar unas confidencias anónimas cuya credibilidad no puede valorar el Juez para levantar la barrera constitucional tuteladora del derecho al secreto de las comunicaciones. Ese sustento indiciario carece de la necesaria consistencia para fundar una medida tan invasiva y las corroboraciones son muy frágiles e inconsistentes”.

Como puede apreciarse, la Sala Segunda procede a realizar un sofisticado análisis de los indicios existentes contra los investigados antes de acordarse la interceptación de sus comunicaciones. Ese análisis se formula, acertadamente, en un doble plano. En primer lugar, analizando cada uno de los indicios de forma individualizada para examinar su solidez específica y las inferencias posibles. En segundo lugar, conectando unos indicios con otros, para valorar si de su interconexión podrían extraerse sospechas incriminatorias razonablemente fundadas.

Desgraciadamente, un examen tan refinado no es la tónica habitual en la mayoría de las resoluciones judiciales. Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo Sentencia núm. 607/2012 de 9 julio (RJ 2012\7077; MP: Julián Sánchez Melgar) cuando sostiene que «la prueba indiciaria no puede descomponerse en las varias evidencias en que descansa, sino que aparece como un todo que debe ser estudiado en su integridad, ya que indicio a indicio pudieran no ser significativos, pero apreciados en su conjunto, aparecen como sólida prueba de aquello que pretenden acreditar. Este es el verdadero significado de la prueba indirecta o circunstancial».

Esta reflexión, que suele ser habitual en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es -como ya he dicho en otra ocasión (MUÑOZ ARANGUREN, 2013, p. 292)-, a mi entender, equivocada. La valoración de los indicios debe realizarse por el órgano judicial desde dos perspectivas distintas, pero no excluyentes. En primer lugar, desde una perspectiva individualizada o puramente analítica, que examine cada hecho-base o indicio y las inferencias que puedan racionalmente deducirse del mismo, descartando aquellas

que, por su falta de concreción, conduzcan a resultados demasiado ambiguos o abiertos. Es decir, haciendo precisamente la labor intelectual de «descomposición» que el TS censura.

Este análisis individualizado no es incompatible con otro análisis adicional, a efectuar en un plano distinto. Este segundo análisis debe tener un carácter sintético, de manera que, una vez realizada la primera labor, se valoran todos los indicios que se reputen significativos, pero no de forma conjunta, «como un todo», sino de forma interrelacionada, sopesando las probabilidades de concurrencia acumulativa y simultánea de todos ellos; y como consecuencia de ello, su influencia en la balanza probatoria<sup>29</sup>. La relación que debe establecerse por el juez entre los indicios es, por así decirlo, *dinámica y no estática*, de forma que no se trate de un ejercicio de mera acumulación “al peso”, sino del examen de su valor *contextual*. En la doctrina española, nadie lo ha expresado con más agudeza que IGARTUA SALAVERRÍA (1999, p. 146):

«En el marco de las pruebas, la tarea sintética no sólo da continuidad a la analítica sino que, reactivamente, la condiciona. El valor que inicialmente se asigna a una pieza aislada es sólo provisional; su valencia definitiva dependerá del encaje que tenga dentro del conjunto».

Pero la Sentencia del TS nº 867/2015, de 10 diciembre, no se limita a casar la resolución de instancia invocando una mera discrepancia de pareceres con la Audiencia sobre la solidez objetiva de los indicios. Sustenta de forma inequívoca su decisión en la apreciación de un sesgo retrospectivo en los razonamientos de la resolución recurrida:

“Determinar la suficiencia o no de los indicios para una medida como la contemplada es desde luego tema muy valorativo y campo bien abonado para las divergencias especialmente en casos como el presente que se mueve en territorios fronterizos, en una zona de penumbra. Es indudable que había indicios. *Pero no suficientes: 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*”.

Dicho a la inversa: los magistrados que dictaron la sentencia de instancia, de forma inconsciente, tomaron indebidamente en consideración la información obtenida a raíz de la interceptación de las comunicaciones de los investigados –confirmatoria de los indicios esbozados *ex ante*-, sin darse cuenta de que el correcto enjuiciamiento de la proporcionalidad de la medida cuestionada exigía ponerse “mentalmente” en la situación del juez instructor justo antes de decretarla, quien por razones obvias no podía conocer el resultado “positivo” de las pesquisas ulteriores. Tras decretar la ilicitud de esa prueba –y a pesar de ser la Sala 2ª plenamente consciente de la culpabilidad de todos ellos-, el TS acuerda absolver a algunos de los acusados y mantener la condena solo respecto de aquellos encartados sobre los que existían pruebas independientes de su culpabilidad.

La moraleja de esta STS es ciertamente cruel: se mantiene la condena para los acusados que reconocieron los hechos imputados por la acusación, pues su confesión se considera una prueba independiente de la anulada. Pero no ocurre lo mismo con los acusados que no admitieron su

---

<sup>29</sup> Este análisis sintético nada tiene que ver con el manido recurso a la -temible- «valoración conjunta de la prueba», que en tantas ocasiones consiste en justificar una conclusión obtenida a priori -con base en criterios no estrictamente racionales-, y que evita precisamente motivar las verdaderas razones que sostienen una decisión judicial, aludiendo a una especie de fuerza de convicción difusa del resultado probatorio, que tan sólo el tribunal llamado a conocer del caso, al parecer, es capaz de aprehender.

culpabilidad, al concluir el TS que no existía prueba de cargo independiente en su contra suficiente para sustentar la condena. El Alto Tribunal acierta, pero –con elogiada sinceridad– deja traslucir un sabor agríndice: “La declaración de ilicitud de una prueba constituye un fracaso del sistema de justicia penal. Puede entenderse que es señal de que funcionan los mecanismos de blindaje de los derechos fundamentales, pero no deja de ser un fracaso por cuanto significa el reconocimiento de que se ha vulnerado un derecho fundamental; y de que probablemente por ese mal funcionamiento no ha podido cristalizar en una resolución ajustada a la realidad, una aspiración de justicia como valor superior [...] La regla de exclusión no permite abrir fisuras bajo el argumento consecuencialista de la impunidad de un delito. Es un tributo que hay que pagar gustosamente; sin alarmismos injustificados [...] La sociedad tiene que asumir esos espacios de impunidad como precio de unas garantías, unos ámbitos de libertad y un estado de derecho al que no podemos renunciar. [...] En nada se tambalea el sistema. Gana mucho, por el contrario, cuando rige esa regla de exclusión rodada y pulimentada, aún a riesgo de acrecer las cifras de impunidad de forma, reconozcámoslo, muy leve, casi desdeñable”.

Finalmente, debe dejarse apuntado que el teorema de Bayes<sup>30</sup> proporciona un modelo idealizado de juez/jurado racional en lo que a la valoración del peso “probatorio” de los indicios o elementos de prueba se refiere. En efecto, con arreglo al denominado *bayesian updating*<sup>31</sup>, el juez o jurado utilizaría cada nuevo indicio suministrado para “actualizar” su cálculo de la probabilidad subjetiva, de forma que la información sería asimilada por él correctamente, sin incurrir en el sesgo de retrospectiva: “Bayes’s Rule, an equation derived from basic formulas in probability theory, dictates how the fact-finder should perform this updating to achieve maximum accuracy. It instructs the factfinder to derive a new probability estimate by multiplying her old probability estimate by a mathematical representation of the strength of the new evidence known as the likelihood ratio” (WITTLIN, 2016, p. 1335).

Ahora bien, los jueces y jurados de carne y hueso están lejos de actuar como unos perfectos “bayesianos”: no realizan complicadas operaciones matemáticas para actualizar su cálculo de probabilidad subjetiva a medida que tienen acceso a más información sobre lo sucedido. En la práctica, juzgan utilizando la heurística y, por lo tanto, están expuestos a los efectos

---

<sup>30</sup> El teorema de Bayes es utilizado para calcular la probabilidad de un suceso, contando con información previa sobre ese suceso. Podemos calcular la probabilidad del suceso A, sabiendo además que ese A cumple cierta característica que condiciona su probabilidad. El teorema de Bayes entiende la probabilidad de forma inversa al teorema de la probabilidad total. El teorema de la probabilidad total hace una inferencia sobre el suceso B, a partir de los resultados de los sucesos A. Por su parte, Bayes calcula la probabilidad de A condicionado a B. Para calcular la probabilidad tal como la definió Bayes debe emplearse la fórmula que se define matemáticamente de la siguiente forma:

$$P[A_n/B] = \frac{P[B/A_n] \cdot P[A_n]}{\sum P[B/A_i] \cdot P[A_i]}$$

Donde B es el suceso sobre el que tenemos información previa y A(n) son los distintos sucesos condicionados. En la parte del numerador tenemos la probabilidad condicionada y en la parte de abajo la probabilidad total.

<sup>31</sup> Sobre este interesante concepto (*bayesian updating*), en direcciones muy diversas, *vid.* SATORRA Y SALVADOR CODERCH (2016), BENJAMIN (2018) o HÖFFRAGE, HERTWING y GIGERENZER (2000).

de los sesgos cognitivos. De hecho, en la mayoría de los casos utilizan los datos que reciben para construir una narrativa coherente de lo que pudo haber sucedido, más que para evaluar de forma aséptica -y numérica- el peso empírico del cuadro probatorio (BILZ, 2010). Las inferencias que vinculan los medios de prueba a los hechos probados se realizan de ordinario por jueces y jurados con base en razonamientos de probabilidad lógica y no mediante cálculos estadísticos de probabilidad. Lo que, naturalmente, no le resta valor normativo -ni como método para detectar posibles errores en el razonamiento probatorio- a la perspectiva bayesiana.

b) ¿Un modelo de instrucción en crisis?

El caso resuelto por esta STS evidencia uno de los riesgos más evidentes de nuestro modelo vigente de proceso penal: que quien está a cargo de la investigación, el juez instructor, sea a su vez la misma persona encargada de velar por los derechos fundamentales de los investigados.

Debe hacerse notar que la LECrim de 1882 fue, en su época, un texto verdaderamente reformista y de honda raigambre liberal. El modelo de proceso penal que instauraba pretendía dejar atrás el proceso inquisitivo que había regido en España desde la Baja Edad Media. En su famosa Exposición de Motivos, ALONSO MARTÍNEZ ya advertía de forma algo melancólica de que, en esta ocasión, el legislador no había podido implementar el sistema acusatorio hasta las últimas consecuencias, por ser esa “transición demasiado brusca para este país”, de forma que la dirección de la instrucción siguió encomendándose al juez (modelo que pervive hasta nuestros días). Y alertaba de los prejuicios psicológicos ínsitos a la labor instructora: “Al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio, que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos [...]”

Es decir, la Ley de Enjuiciamiento Criminal le encomienda actuar de forma inquisitiva en la búsqueda de la verdad sobre los hechos investigados; y, a la vez, ser el garante de que en el curso de esa investigación -por él dirigida- no se lesionan los derechos fundamentales de los encartados. Se trataría, por utilizar una locución afortunada empleada por la doctrina alemana, de exigir al juez una suerte de “acrobacia psicológica” (*psychologisches Akrobatenstünck*<sup>32</sup>).

Y esta toma de conciencia progresiva por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los problemas suscitados por la influencia de los sesgos cognitivos en el proceso penal se ha manifestado incluso en los textos prelegislativos más recientes. Tanto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 como, todavía con más claridad, en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013.

Recordaremos que ambos casos se proyectaba atribuir la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, dejando a salvo las medidas que afectaran a los derechos fundamentales de los investigados (a cargo de los denominados Jueces de Garantías) y la decisión de abrir juicio contra ellos (en el Anteproyecto de 2011 se atribuía la competencia al denominado Juez de la Audiencia Preliminar -distinto del de garantías, para asegurar en mayor medida su falta de contaminación objetiva- mientras que en el Código de Proceso Penal esta decisión era competencia del Juez de Garantías). Naturalmente, en el diseño de estos dos

---

<sup>32</sup> SCHMIDT (1968, p. 1218).

trabajos prelegislativos la tarea de juzgar el caso se atribuye, a su vez, a jueces distintos de los anteriores.

Se apostaba en ambos casos por un modelo adversarial, con mayor protagonismo de las partes, frente al vigente modelo procesal mixto, que tiene su antecedente más directo en el *Code de Instrucción Criminal* napoleónico de 1808, con unos tintes fuertemente inquisitivos en la fase preliminar del proceso, para después regirse por el principio acusatorio en el plenario. Como explica ARMENTA DEU (2012, p. 25), el *Code d'Instruction criminelle* de 1808 pasó a convertirse en el arquetipo de los códigos procesales penales continentales de los siglos XVIII y XIX:

“Abolido el jurado de acusación, la instrucción se encomienda al juez instructor mediante un procedimiento escrito y secreto, de cuyo resultado, cuando permite deducir fundamento para acusar, se da traslado al procurador general, quien dirige su requisitoria a la *chambre d'accusation*, donde se decide cuándo someter al imputado al tribunal del jurado (*Cour d'Assises*)”.

Que la novedosa atribución de la investigación al Ministerio Fiscal –que es, no por casualidad, el modelo vigente ya en casi todos los países occidentales<sup>33</sup>– obedece en buena medida a la necesidad de conjurar el riesgo de que quien ha de velar por los derechos fundamentales de los investigados sucumba al sesgo de confirmación<sup>34</sup> o de anclaje<sup>35</sup> como consecuencia de su rol paralelo de instructor de la causa no es una mera inferencia o deducción personal. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, elaborado por una comisión de expertos dirigida por el actual Presidente de la Sala Segunda, Manuel MARCHENA GÓMEZ, puede leerse que

“[l]a solución estriba en la comprensión de los sesgos cognitivos a los que todo ser humano se expone en la investigación de los hechos para la construcción de hipótesis. Así el Tribunal conocerá que el Fiscal habrá tratado de esclarecer el hecho desde la objetividad, pero también sabrá que la tesis acusatoria, por generarse desde la sospecha contra el acusado, puede obedecer a prejuicios inconscientes y ha de ser situada en el mismo plano que la versión de la defensa, por lo que su juicio deberá guiarse tan sólo por las pruebas que las partes presenten”.

Tarde o temprano, el legislador patrio acabará –por decirlo con las conocidas palabras de ALONSO MARTÍNEZ en la Exposición de Motivos de la LECRIM de 1882- por “echarse en brazos de la lógica”, acompasando el modelo de instrucción penal español al que rige en la inmensa mayoría de los países occidentales. Naturalmente, ese modelo alternativo –o modelos, porque el Derecho comparado ofrece diversas variantes- no está exento de otro tipo de riesgos o contraindicaciones (como la posible injerencia del Poder Ejecutivo en la actuación del Ministerio Fiscal). Pero supondrá un inequívoco reforzamiento del derecho del investigado a un juez imparcial; exigencia de imparcialidad que, como declaró el

<sup>33</sup> Cfr. GASCÓN INCHAUSTI (2011). También, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2004, pp. 689-703) o NIEVA FENOLL (2019, pp. 5-6).

<sup>34</sup> Disfunción cognitiva que se caracteriza por la búsqueda inconsciente de pruebas y argumentos que confirmen nuestra posición inicial y el desprecio inconsciente a las pruebas y argumentos que no la respalden (MUÑOZ ARANGUREN, 2012).

<sup>35</sup> Que surge en la realización de una estimación por parte del sujeto, a partir de un valor inicial -anclaje, que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre al análisis del sujeto, provocando errores que pasan inadvertidos para el propio interesado (MUÑOZ ARANGUREN, 2011).

Tribunal de Derechos Humanos en su Sentencia de 6.1.2010 (TEDH 2010\3; MP: Alejandro Saiz Arnaiz), rige también para el juez instructor.

#### **4.2. Tipos de interés y populismo judicial: la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 669/2017, de 14 de diciembre (RJ 2017\5167; MP: Pedro José Vela Torres)**

##### a) Análisis de la STS

Nos referiremos ahora a la Sentencia plenaria nº 669/2017, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, dictada en relación a las cláusulas de interés variable referenciadas al tipo denominado IRPH (Índice de referencia de préstamos hipotecarios).

El contrato de préstamo litigioso fue concertado el 21 de septiembre 2007<sup>36</sup>, cuando los índices de referencia Euribor e IRPH estaban situados a tipos muy similares, si bien la contrapartida ofrecida por los bancos por la contratación de préstamos hipotecarios vinculados al IRPH era un menor coste diferencial que las contratadas con vinculación al Euribor. Esto es, tratándose de un tipo de interés compuesto, por algunas entidades financieras se ofrecía un tipo fijo más bajo que los préstamos hipotecarios referenciados al IRPH, lo que compensaba que este índice variable estuviera siempre históricamente por encima del Euribor. El Tribunal Supremo, en su STS nº 669/2017, lo explica así:

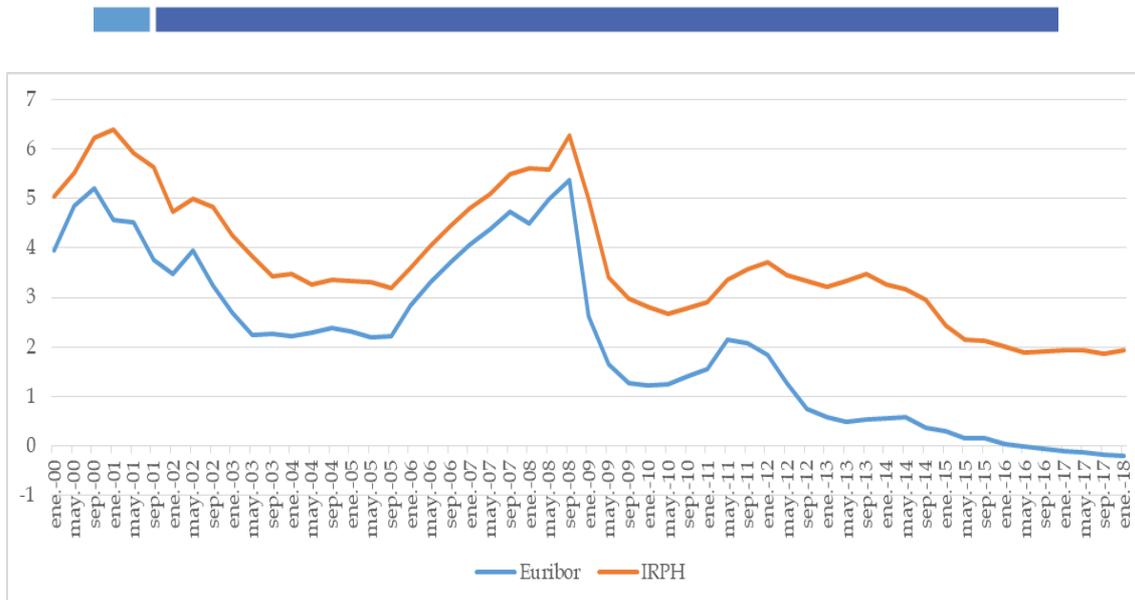
“10. La Audiencia [...] no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor...”

Con posterioridad, una vez iniciada la Gran Recesión de 2008 y, especialmente, a partir de mediados de 2009, la brecha entre ambos índices variables empezó a abrirse notablemente, de forma que los préstamos hipotecarios concertados con el tipo IRPH pasaron a pagar un tipo de interés bastante superior a los vinculados al Euribor. La evolución de ambos índices de referencia se observa en el siguiente gráfico:

---

<sup>36</sup> Aunque bien pudiera ser un *lapsus calami*, ya que la Audiencia Provincial señaló que se firmó el 21 de septiembre de 2016. Para un comentario muy crítico sobre los aspectos sustantivos de esta STS, *vid.* CÁMARA LAFUENTE (2018, pp. 212-235).

Gráfico 2  
Evolución IRPH v. EURIBOR de 2000 a 2018



El consumidor que contrató el préstamo hipotecario interpuso en 2014 una demanda contra la entidad financiera (Kutxabank), en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusividad de las cláusulas de cálculo del interés variable conforme al índice IRPH y de intereses de demora. Respecto de la cláusula IRPH, solicitó también que se declarase la “inexistencia” de intereses moratorios y que se ordenara la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por los intereses remuneratorios desde octubre de 2007.

La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda (Sentencia núm. 158/2015 de 15 junio, JUR 2015\17121; MP: María Teresa Trinidad Santos). Recurrída dicha sentencia en apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial de Álava desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

Para ello, la Sentencia núm. 85/2016, de 10 de marzo (JUR 2016, 59148; MP: Mercedes Guerrero Romero) consideró resumidamente que:

- (i) la cláusula IRPH era una condición general de la contratación, ya que aunque constaba la existencia de información precontractual, no se acreditó que hubiera negociación individual. Se trataba de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato, ya que se refería a la remuneración que debía satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo. En consecuencia, el control de abusividad no podría extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, pues no cabe el control del precio, sino que habría de limitarse al control de transparencia, que comprende el control de inclusión y el control de comprensibilidad. El IRPH es un índice oficial y no constaba la manipulación de este índice por parte de las entidades bancarias;
- (ii) no obstante, se trataba de una cláusula abusiva, porque no se había proporcionado suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en

los años anteriores, la diferencia con otros índices oficiales, gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, para que pudiera optar entre ellos; y

(iii) esta falta de transparencia era suficiente para declarar la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio.

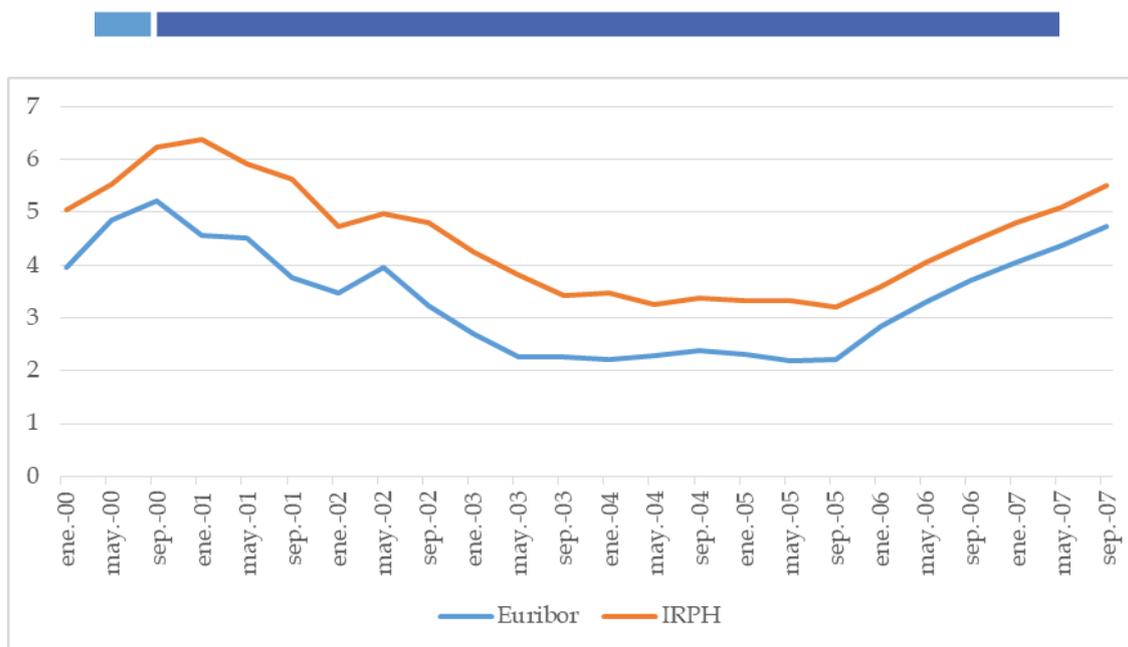
Como corolario de su argumentación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) nº 85/2016, de 10 de marzo, razonó lo que sigue:

*“Pues bien, 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.*

En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia)”.

Ahora bien, y al contrario de lo que parece entender la Audiencia Provincial, un consumidor al que, en el periodo 2006-2007, se le hubieran exhibido datos comparativos sobre la evolución en el pasado de ambos índices no hubiera visto el gráfico anteriormente mostrado, pues este incorpora toda la información sobre su evolución posterior a la contratación del préstamo hipotecario hasta el momento de dictarse la sentencia. Nótese que el consumidor tan solo podría haber visto su mitad izquierda:

**Gráfico 3**  
**Evolución IRPH v. EURIBOR 2000 a 2007**



Si para la Sala de Apelación ese era el criterio decisivo para formar el consentimiento del consumidor (la evolución de ambos índices en los años inmediatamente precedentes al otorgamiento de la escritura), de la información contenida en el gráfico anterior se

desprende que en el periodo 2004-2007 la diferencia entre el Euribor y el IRPH fue en todo momento inferior a los 200 puntos básicos -y, en muchos momentos, inferior a 100-, de forma que se compensaba con el menor coste diferencial ofertado para los préstamos hipotecarios referenciados al IRPH.

Este dato no le pasó desapercibido al Tribunal Supremo que, en su Sentencia nº 669/2017, de 14 de diciembre, casó la resolución de la Audiencia Provincial utilizando este razonamiento:

“10.- 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. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor”.

Acertadamente, el Alto Tribunal sostiene en el apartado 10 de los fundamentos jurídicos de su sentencia que esa conclusión se había adoptado por la Audiencia Provincial de Álava “desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia<sup>37</sup>”. Como es natural, el Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación, declaraba formalmente infringidas varias normas de derecho sustantivo<sup>38</sup>. Pero para apreciar hasta qué punto el reproche cognitivo constituye el corazón de la Sentencia, haremos notar que el Alto Tribunal lo reproduce en el apartado 12, cuando nuevamente corrige la afirmación de la Audiencia en el sentido que el índice IRPH era más favorable que el Euribor para las entidades financieras (pues la Audiencia sostenía que los bancos sabían -nada menos-, a 35 años vista, que recibirían una mayor retribución del cliente en concepto de intereses remuneratorios si lograban que vinculara su préstamo al índice IRPH):

“También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción [...]

12. [...] Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda

<sup>37</sup> En el momento de escribir estas líneas se encuentra pendiente de resolución ante el TJUE la cuestión prejudicial sobre las “cláusulas IRPH” planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (asunto C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch/Bankia*). Es probable que la doctrina jurisprudencial *sustantiva* sentada por el TS español en su Sentencia nº 669/2017, de 14 de diciembre, quede arrumbada como consecuencia de la Sentencia que dicte el TJUE. Pero lo anterior no afectaría al hecho, *empíricamente acreditado*, de que una parte sustancial de los razonamientos de la Audiencia Provincial de Álava -ajenos, por lo demás, al debate suscitado ante el TJUE- estaba viciada por el sesgo retrospectivo.

<sup>38</sup> En concreto, en el motivo de casación estimado por el TS, se denunciaba la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la jurisprudencia desarrollada en interpretación de los mismos sobre el contenido y el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato.

de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas las operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. *Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más*".

#### b) Un acertado cambio de perspectiva

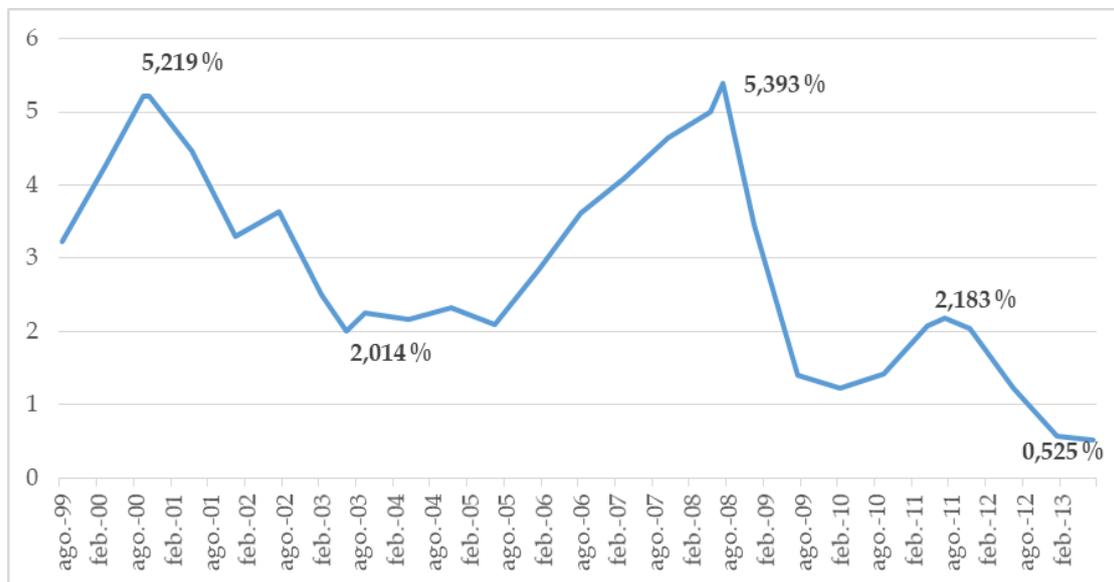
Este pronunciamiento de la Sala Primera es todavía más relevante si tenemos en cuenta que supone, de alguna forma, dar la razón a quienes criticaron otra –en este caso más famosa– Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, la de 9 de mayo de 2013 del TS (Sentencia núm. 241/2013, de 9 mayo, RJ 2013\3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), sobre las denominadas cláusulas suelo<sup>39</sup>. Esa resolución sugería en algunos de sus pasajes –con cierta candidez– que los bancos podían prever la evolución futura de los tipos de interés y, en particular, el brusco descenso que sufrieron a finales de 2008 tras la quiebra de la entidad LEHMAN BROTHERS.

En efecto, esta STS incurría claramente en varios de sus pasajes en una distorsión retrospectiva. Así, el Tribunal Supremo afirmaba que "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). Esa STS plenaria se equivocaba claramente al calificar los suelos contratados como "elevados" (a continuación veremos si en realidad lo eran o no), al no tomar en consideración que, en el mes de julio de 2008, el BCE subió al 4,25% su tipo de interés y que el Euribor superó por aquel entonces el 5%. Como explicó en su día CONTHE GUTIÉRREZ (2013), ese error respondía a una doble etiología:

- La STS juzgó el nivel de los suelos fijados en 2007-2008 (fechas de otorgamiento de las escrituras de préstamo hipotecario) usando como "baremo mental" el nivel del Euribor en el año 2013 (0,575%), sin tomar en consideración que en los años 2007 y 2008 estaba por encima del 4%.

<sup>39</sup> A este respecto, *vid.* CONTHE GUTIÉRREZ (2013), "Cláusulas suelo: un borrón supremo", *Expansión*, 17.9.2013; y, en sentido contrario, LAMOTHE FERNÁNDEZ y PÉREZ SOMALO (2013), "Cláusulas suelo: un acierto supremo", *Expansión*, 21.11.2013.

**Gráfico 4**  
**Evolución EURIBOR. Agosto 1999 - Julio 2013**



- Interpretó equivocadamente el informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010, al sostener que los suelos de los préstamos estaban próximos a su tipo fijo inicial, de forma que, para el TS, "lo elevado del suelo hacía previsibles para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo" (párrafos 224, 256 y 293 letra i) de la STS)<sup>40</sup>.

Un análisis sosegado de los datos manejados por la propia STS evidenciaba la quiebra de su discurso lógico:

**Gráfico 5**

Fecha del préstamo	Tipo inicial (%)	Periodo de tipo de interés variable		
		Margen sobre Euribor (puntos)	Tipo mínimo del préstamo (%)	Tipo máximo del préstamo (%)
24/07/2008	6,35	1,25	2,5	12
26/10/2007	6,15	1	3,5	15

<sup>40</sup> Por el contrario, en el apartado 3.4 del citado informe del Banco de España se decía literalmente: "El nivel medio de los suelos aplicados en las concesiones de cada año, respecto a la media anual del Euribor hipotecario, en los años de los tipos de mercado más altos (2007 y 2008, sobre todo), se situaba en niveles bastante inferiores al tipo de mercado".

01/10/2008	6,35	1,5	4	15
10/12/2007	5,17	0,6	2,85	
26/07/2005 (novación)	3	1,5	2,75	10
31/03/2007 (novación)	3,41	0,5	3,25	15

Fuente: CONTHE GUTIERREZ (2013)

El TS reincidió en ese error en el párrafo 264, cuando afirmó que "*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*"; así como en la letra a) del párrafo 296 de la Sentencia, cuando sostiene que 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*".

Este caso es especialmente ilustrativo, porque evidencia lo fácil que es sucumbir a este sesgo -incluso tratándose de magistrados experimentados- cuando, sin darnos cuenta, al manejar información conocida *ex post* tendemos inconscientemente a realizar juicios retrospectivos sin situarnos mentalmente en la posición de quién tomó la decisión en el pasado. De forma inconsciente, incorporamos a nuestro razonamiento esta información que sale a la luz -como una fuerza hidráulica, por utilizar la imagen metafórica de EASTERBROOK- con posterioridad al suceso y emitimos juicios sin pararnos a reflexionar sobre si esos datos estaban al alcance, en el pasado, de aquella persona cuyas decisiones analizamos. Y, lo que es peor, sin ser en absoluto conscientes de que ese proceso mental se ha producido en nosotros de forma involuntaria.

Debemos por ello congratularnos de que la Sala Civil del TS, en su Sentencia del Pleno nº 669/2017, de 14 de diciembre, parezca haber interiorizado este peligro<sup>41</sup>. Y no solo por razones jurídicas, sino también económicas. Por paradójico que pueda parecer, es plausible que el "populismo judicial" -y el legislativo que vino después, a rebufo de aquel<sup>42</sup>- en materia financiera esté perjudicando a los consumidores que pretenden acceder al mercado del crédito, en forma de incremento *ex ante* del coste del crédito bancario e incluso de exclusión financiera<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> En fechas recientes la Sala de lo Civil del TS ha acudido al concepto de "sesgo retrospectivo" para rechazar la reclamación de varios inversores contra una entidad financiera, en un caso en el que el resultado de las inversiones, con el paso del tiempo, devino negativo. Cfr. STS, 1ª, nº 154/2019, de 14 de marzo (RJ 2019\911; MP: Francisco Javier Orduña Moreno).

<sup>42</sup> El paradigma es el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modificó el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, a fin de alterar el sujeto pasivo del impuesto de AJD cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. Real-Decreto posteriormente convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados.

<sup>43</sup> En esa línea apunta el "Informe trimestral de la economía española" del Banco de España de junio de 2019: "En los últimos meses, el coste de la financiación bancaria ha continuado en niveles reducidos en la mayoría de los segmentos. No obstante, entre septiembre de 2018 y abril de este año (último dato disponible), los tipos de interés medios aplicados a los nuevos préstamos para la compra de vivienda han aumentado en 30 puntos básicos. Este incremento, que no se ha observado en el resto de segmentos en España, ni en el de la compra de vivienda en otros países de nuestro entorno, podría estar relacionado con

### 4.3. Acuerdos de refinanciación y *non sequitur*: la STS nº 93/2017, de 15 de febrero (RJ 2017\587; MP: Ignacio Sancho Gargallo)

#### a) Análisis de la STS

El caso resuelto por el TS trae causa de la impugnación por parte de un acreedor, a través de la acción de rescisión concursal, de un acuerdo de refinanciación acordado por una cooperativa en una delicada situación financiera. Gracias ese acuerdo alcanzado con sus acreedores, la cooperativa obtuvo una quita importante (casi del 25% de su pasivo), una rebaja de 10 puntos en los tipos de interés los préstamos conferidos por las entidades financieras y una ampliación de su plazo de amortización. A cambio, se otorgó por la cooperativa una garantía nueva a favor de los acreedores, consistente en la hipoteca sobre su maquinaria (de un valor relativo escaso).

La cooperativa acabó finalmente presentando concurso de acreedores, y su administración concursal presentó demanda ante el Juzgado de lo Mercantil –que la estimó-, ejercitando la acción de rescisión concursal contra el referido acuerdo. La demanda incurría en un *non sequitur* manifiesto: la conclusión no se deducía de las premisas. En efecto, el hecho de que la cooperativa acabara en una situación concursal no significaba que el acuerdo de refinanciación aprobado fuera irrazonable. Las causas de la quiebra de la cooperativa podrían derivar de otros muchos factores diversos –en particular, la difícil coyuntura económica de aquellos años-, de la evolución del mercado, de otras decisiones empresariales de los administradores, etc. Incluso, del azar.

El Juzgado razonó que la operación de refinanciación “había resultado insuficiente y que se hizo sobre las bases de dar como ciertos hechos que no se consiguieron, como la quita del 30%, necesaria para [...] alcanzar la viabilidad”. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz de 31 de julio de 2013 (JUR 2014\130361) lo argumentó así:

“«con independencia de la intención fraudulenta o no de las partes, nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 71.3.2º LC, que contempla la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. En el presente caso, se ha constituido una garantía hipotecaria sobre la totalidad de los activos de la concursada en mayo de 2010, para garantizar créditos anteriores, cuando ya la concursada estaba en situación de insolvencia [...]. *Igualmente resulta acreditado que la pretendida operación de refinanciación resultaba insuficiente* y se hizo sobre las bases de dar como ciertos hechos que luego no se consiguieron, como la quita del 30%, necesaria para (...) alcanzar la viabilidad. *El resultado final es que la sociedad cooperativa finalmente entra en concurso en el año 2011 y las entidades demandadas ven garantizados sus créditos frente a la misma, con garantía real, colocándose así en mejor situación que la que tenían con anterioridad y respecto a otros acreedores ordinarios*».

Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª, Sentencia núm. 57/2014 de 11 marzo, JUR 2014\97838, MP: Jesús Souto Herreros). De forma escueta, el tribunal de apelación concluyó que la situación concursal en la que acabó la cooperativa no traía causa del acuerdo de refinanciación, y que precisamente los acreedores habían asumido mayores riesgos como consecuencia de su formalización:

---

los cambios legislativos introducidos en nuestro país en los últimos meses en materia de crédito inmobiliario y de compra de vivienda”.

“a) que cuando se iniciaron las negociaciones para refinanciar la deuda, la situación de la entidad cooperativa era delicada económica y financieramente y que tal refinanciación se produjo a exclusiva instancia de la propia cooperativa, habiendo participado cuando menos en las conversaciones que llevaron consigo tal refinanciación los sectores económicos y políticos más relacionados con la dicha entidad, como el Consejo Rector, las entidades financieras, agentes económicos y Junta de Extremadura, siempre procurando el interés de la cooperativa, que no era otro que la propia viabilidad de ésta (que en definitiva no se consiguió)

b) que según reconoce el propio representante de la cooperativa, el Plan de Viabilidad y el consiguiente acuerdo de refinanciación, ratificado por los socios, era la única posibilidad que le quedaba a la cooperativa para salir adelante

c) que antes de suscribir dicho plan la situación financiera de la cooperativa (siempre con cifras muy aproximadas) se resumía en: una deuda aproximada de 20 M € (con varias ejecuciones pendientes), hipotecas y embargos de todos sus inmuebles (siendo las primeras hipotecas de algunas de las entidades ahora codemandadas) y otras garantías pendientes por más de 7 M €; y tras el acuerdo de refinanciación era la siguiente: préstamos por valor de unos 17 M €, aval de 450.000 €, cuenta de crédito de 1,2 M €, línea de descuento de 1,5 M €, quita de las entidades financieras del 30 % de la deuda (casi 5 m €), mejora sustancial del tipo de interés (6 % frente al 16-18 %), disposición de líquido por 6 M €, ampliación de los plazos de los préstamos hasta 25 años, a cambio de todo lo cual se añadía como única garantía nueva la hipoteca sobre la maquinaria de la cooperativa (por importe de menos de 1 M €)

d) que en tales condiciones, y en palabras de los referidos peritos resulta que el Plan de Viabilidad era equilibrado, basado en parámetros conservadores y racionales que únicamente perseguían la continuidad de la compañía y la refinanciación de la que trae causa era muy ventajosa para ella, garantizaba la viabilidad de la cooperativa, y los bancos asumían mayores riesgos (de hecho, las entidades que tenían garantías hipotecarias sobre los inmuebles no obtenían ninguna mejora) y aunque se garantizaba para éstos el cobro ello era mediante la distribución y el aplazamiento de la deuda entre todos ellos; y, en fin

e) que la situación a que se vio abocada la cooperativa no fue debido a tal refinanciación (como no lo era tampoco el mínimo retraso ordinario de uno o dos días para disponer de inmediato de la cuenta de crédito de 1,2 M € o la desviación de 500.000 € de la quita que 8 M € o que, en definitiva se hubiera rebajado el aplazamiento de pago de 7 a 4 años a determinado proveedor), que como decimos, intentó salvar siquiera in extremis a la compañía, sino otro orden de factores económicos concurrentes ajenos a este pacto que llevaron a la insolvencia final de la ahora concursada”.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, mediante la ya citada STS 93/2017, confirmó la desestimación de la demanda, dando respuesta así al recurso de casación interpuesto por la Administración Concursal. En primer lugar, el TS sostuvo que el plan de viabilidad que sustentó ese acuerdo era equilibrado y basado en parámetros razonables:

“El acuerdo concedía una ampliación significativa del crédito, mediante la concesión de una línea de crédito y otra de descuento que pretendía garantizar la actividad ordinaria de la empresa. Además contenía una relevante modificación de las obligaciones, que debió suponer un alivio para la compañía: de un total de aproximadamente 20 millones de euros, se convino una quita algo inferior a 5 millones, aun contando con la quita no verificada; cesó la ejecución de algunos de los créditos que por entonces habían sido impagados; se redujo el interés a un 6%, frente al existente que variaba del 16 al 18%; la concesión de los avales que necesitaba la concursada frente a las autoridades públicas; y la ampliación del plazo de la obligación de restitución a 25 años. Estas condiciones se adecuaban a las exigidas por el apartado 1 de la DA<sup>4</sup> LC entonces vigente, y resulta razonable el juicio de verificación que lleva a cabo la Audiencia de que, conforme al

informe del experto independiente, en estas condiciones el plan de viabilidad era equilibrado, basado en parámetros conservadores y racionales [...] Por otra parte, las garantías otorgadas, en concreto la hipoteca sobre la totalidad de la maquinaria, resulta proporcionada «conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo», si tenemos en cuenta que el resto de los bienes estaban ya gravados y que el valor de la garantía, según la sentencia recurrida, era de aproximadamente 1 millón de euros. A la postre, lo relevante es el valor de la garantía, no que con carácter general se manifieste que la hipoteca se constituye para garantizar la totalidad del préstamo. En relación con la significativa ampliación del crédito que es muy superior al valor de la garantía, esta debe considerarse proporcionada”.

Interesa resaltar que el Tribunal Supremo da un paso más en su STS 93/2017, apoyándose nuevamente en las enseñanzas de la psicología cognitiva, para añadir que

*“sin que debamos guiarnos por el sesgo retrospectivo que proporciona el resultado final, la frustración de la finalidad 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”.*

En este *obiter dictum*, el TS advierte que el razonamiento de la administración concursal –acogido por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil– se encontraba viciado por una distorsión cognitiva latente, en la medida en que incorporaba a su análisis información posterior al momento de toma de la decisión por parte de los administradores de la cooperativa. La incorporación inconsciente de datos desconocidos –e imposibles de conocer, por futuribles e inciertos– para los antiguos gestores de la entidad a la hora de juzgar la razonabilidad del acuerdo de refinanciación llevó a los administradores concursales y al Juez de lo Mercantil a sobrestimar indebidamente la probabilidad de acaecimiento futuro del concurso<sup>44</sup>.

#### b) Un problema (no solo) de competencia institucional

En este pleito –resuelto ejemplarmente por la Sala Primera–, los jueces se vieron obligados, en definitiva, a revisar la corrección de una determinada y concreta decisión empresarial<sup>45</sup>. En esos casos surge el denominado problema de “competencia institucional<sup>46</sup>”; es decir, el problema derivado de que los tribunales de justicia –que son expertos en leyes, pero no en la gestión de negocios– se vean obligados a revisar la razonabilidad de una decisión estrictamente empresarial. Con el riesgo, bien detectado por la aludida Sentencia del Tribunal Supremo, de incurrir en el sesgo cognitivo de la falacia retrospectiva.

---

<sup>44</sup> Debe hacerse notar que en otros ámbitos del Derecho Concursal –en particular, a la hora de evaluar el perjuicio para la masa activa en el contexto de un proceso incoado en ejercicio de una acción de rescisión–, los tribunales españoles también han alertado del riesgo de incurrir en la falacia retrospectiva. Sirva de ejemplo la SAP Madrid, 28ª, núm. 633/2018 de 23 noviembre, JUR 2019\19196 (MP: Enrique García García): “La jurisprudencia, ha precisado, en lo que respecta al punto de referencia temporal que debe tenerse en cuenta para analizar el perjuicio patrimonial para la masa activa (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012), que hay que analizar el acto objeto de la acción de rescisión en el momento en el que fue ejecutado, valorando si con los datos de aquel tiempo se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta ya hubiese existido en aquella fecha. Por lo tanto, con ese parecer jurisprudencial quedaría excluida la posibilidad de efectuar un análisis “ex post facto” de las consecuencias de la operación para enjuiciar sobre la rescindibilidad de la misma”.

<sup>45</sup> Sobre la *business judgment rule* y las situaciones concursales, *vid.* RECAMÁN GRAÑA (2018) y PULGAR EZQUERRA (2019).

<sup>46</sup> *Vid.*, sobre esta cuestión, PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2003, p. 32) o GURREA MARTÍNEZ (2015).

Para neutralizar los efectos de este sesgo –y también para facilitar el emprendimiento y la innovación empresarial- nació en la jurisprudencia de los tribunales de EEUU durante el siglo XIX la denominada “*business judgment rule*”<sup>47</sup>. La principal idea subyacente en todos los ordenamientos que normativa o jurisprudencialmente han incorporado esta regla de deferencia sobre el juicio empresarial es la misma: evitar que los tribunales revisen una decisión exclusivamente empresarial adoptada por unos administradores sociales debidamente informados que tomaron su decisión en completa ausencia de intereses.

Es legítimo preguntarse por qué se reconoce esa deferencia a los administradores sociales, pero no, por ejemplo, a los profesionales liberales (médicos, arquitectos, etc.). A fin de cuentas, en algunos de estos casos los jueces se valen de los dictámenes periciales para formular conclusiones sobre su diligencia o negligencia en materias sobre las que no tienen conocimientos especializados. La respuesta corta es que, a diferencia de lo que ocurre con estas profesiones, no existe una *lex artis* empresarial *ad hoc* que sirva como patrón para medir el grado de diligencia empleado por un administrador. También es preciso reseñar que los accionistas tienen la posibilidad de diversificar sus riesgos –invirtiendo en varias sociedades, en diferentes activos, etc.–, lo que no ocurre, por ejemplo, con el paciente que acude a un médico. La cuestión es ciertamente compleja y no puedo ocuparme aquí de su desarrollo. Remito al lector interesado a ALFARO ÁGUILA-REAL, “Roncero sobre la *business judgment rule*”, post de 15.3.2017 de su blog “Derecho Mercantil”: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>, RECAMÁN GRAÑA (2018), PAZ-ARES (2003), FLEISCHER (2002) o EASTERBROOK (1989) y (1984).

Explicada de forma muy resumida, la *business judgment rule* impide que pueda reputarse negligente la conducta de aquellos administradores que adoptaron una decisión empresarial, siempre y cuando hubieran obrado de buena fe, sin incurrir en conflictos de intereses y tras un previo proceso razonable de evaluación de las circunstancias relevantes. Esta regla tiene entre sus finalidades impedir una incorrecta evaluación judicial *ex post* viciada por el sesgo retrospectivo, como se deduce con toda claridad de la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 29 de octubre de 2004, *Peoples Department Store Inc. (Trustee of) v. Wise*<sup>48</sup>. Allí se puede leer que

“los tribunales canadienses, como los de EEUU, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda han tendido a hacer una aproximación respecto del cumplimiento de deber de diligencia que respete el hecho de que los administradores y empleados a menudo tienen unos conocimientos empresariales de los que los tribunales carecen [...] Puede ser tentador para algunos ver decisiones empresariales que no fueron exitosas como irrazonables o imprudentes a la luz de la información que sale a relucir *ex post facto*. Como consecuencia del riesgo del sesgo retrospectivo, los tribunales canadienses han desarrollado una regla de deferencia sobre las decisiones empresariales denominada “*business judgment rule*” [...]”

Debe hacerse notar que la *business judgment rule* pone el acento en el aspecto *procedimental* de la toma de decisiones por parte de los administradores, más que en la evaluación de los aspectos sustantivos de la decisión empresarial adoptada. Es decir, lo relevante es que el proceso de toma de la decisión sea razonable dadas las circunstancias concretas del caso, efectuado de buena fe y sin conflictos de intereses que pudieran mediatizar ese juicio decisorio. En palabras del precedente clásico del Derecho angloamericano de los últimos

<sup>47</sup> Sobre su origen histórico, *vid.* ARSHT (1979).

<sup>48</sup> [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68.

años en la materia –procedente de la *Court of Chancery* del Estado de Delaware-, *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*<sup>49</sup>:

“Estas doctrinas [las de los deberes fiduciarios de los administradores y la *business judgment rule*] de manera acertada ponen el foco en el proceso de toma de decisión más que la evaluación sustantiva de las razones en que se fundó aquella. Ello se debe a la incapacidad del Tribunal, debido en parte al concepto conocido como sesgo retrospectivo, para evaluar adecuadamente si los administradores de la sociedad tomaron una decisión «correcta» o «equivocada»”.

Como ha precisado ALFARO ÁGUILA-REAL<sup>50</sup>, en realidad la *business judgment rule* es una regla que admite, cuando menos, dos interpretaciones distintas. En el primer caso, en la caracterización típica de algunos Derechos de Sociedades de EEUU, se trata de una norma de exoneración de responsabilidad de los administradores que infringen el deber de diligencia. En el segundo caso -y se trataría de la lectura acogida por el legislador alemán o el español-, se conceptúa como una norma que facilita –o incluso asegura- la acreditación por parte de los administradores sociales de que han cumplido con su deber de diligencia para con la sociedad.

Naturalmente, esa regla de deferencia no tiene como finalidad exclusiva evitar juicios sesgados *ex post facto* por parte de los jueces. Su *ratio iuris* es plural<sup>51</sup>. Se trata de una regla que incentiva la asunción de riesgos por parte de los empresarios (cuando ya sabemos –también, por cierto, a través de la psicología cognitiva- que los seres humanos padecemos una aversión natural a esa asunción<sup>52</sup>); algo que, aunque parezca contraintuitivo, no solo es beneficioso para el conjunto de la economía de mercado, sino para muchas de las sociedades de capital. Esta asunción de riesgos discrecional por parte de los administradores societarios formaría parte, por así decirlo, de la “mano invisible” del mercado que evocara Adam SMITH.

Vemos cómo, nuevamente, los efectos del sesgo retrospectivo en la práctica judicial tiene un coste económico tangible: en este campo, una asunción de riesgos por parte de los administradores por debajo que lo que sería óptimamente deseable -ante el temor a ser responsabilizados personalmente de una eventual decisión empresarial fallida-, así como la previsible prevención por parte de profesionales cualificados a asumir la administración de sociedades de capital (o exigiendo, para servir como administradores sociales, una mayor retribución o una cobertura más amplia del aseguramiento de su gestión).

Aun cuando, especialmente desde el *Civil Law*, existen voces en la doctrina que abogan por una reformulación de esta regla de juicio<sup>53</sup> –o incluso por su eliminación<sup>54</sup>-, lo cierto es que su aparición y reconocimiento por los ordenamientos jurídicos de ambas familias (del Derecho angloamericano y del Derecho continental) evidencia una progresiva toma de

<sup>49</sup> *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, No. 3338-CC, 2009 WL 481906 (Del. Ch. Feb. 24, 2009).

<sup>50</sup> “Roncero sobre la *business judgment rule*”, post de 15.3.2017 de su blog “Derecho Mercantil”: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>

<sup>51</sup> En cuanto al fundamento económico de esta regla, cfr. FLEISCHER (2002).

<sup>52</sup> KAHNEMAN (2011, pp. 279-281 y 317-210).

<sup>53</sup> GURREA MARTÍNEZ (2015).

<sup>54</sup> TENA ARREGUI y GOMÁ LANZÓN, “La propuesta de la Comisión de Expertos sobre sociedades cotizadas (III)”, entrada en el blog *Hay Derecho* de 23 de noviembre de 2013, <https://hayderecho.expansion.com/2013/11/25/la-propuesta-de-la-comision-de-expertos-sobre-sociedades-cotizadas-iii/>

conciencia de la relevancia del eventual influjo negativo de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales<sup>55</sup>.

### *5. Medidas legislativas adoptadas para neutralizar sus efectos*

Como ya se ha hecho notar, no pretendemos en este trabajo analizar de forma exhaustiva todas las normas legales que, de una u otra forma, sirven -deliberadamente o no- como mecanismos mitigadores del sesgo de retrospectiva. Procederemos a espigar varios de los ejemplos más ilustrativos.

#### **5.1. La protección de la discrecionalidad empresarial**

En España, en fechas relativamente recientes el legislador ha sido receptivo a las ideas enunciadas en el epígrafe 4.3 anterior. Por medio de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada en 2014 se introdujo en su nuevo artículo 226.1 esa regla, traducida como “protección de la discrecionalidad empresarial” y en virtud de la cual:

“[e]n el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”.

De la lectura del precepto se infiere que el legislador español ha querido configurar esta regla como un “puerto seguro”<sup>56</sup>. Es decir, acreditado el cumplimiento de los requisitos “procedimentales” fijados por el art. 226.1 LSC, no podrá reputarse negligente la decisión empresarial de que se trate<sup>57</sup>. A mi juicio, no se trata de una norma que regule la distribución de carga de la prueba para valorar el nivel de diligencia empleado por los administradores y la eventual exigencia de responsabilidad por sus actos, sino que el legislador ha trazado un perímetro de inmunidad frente a posibles reclamaciones -de la sociedad, de sus socios o de terceros- como consecuencia de decisiones empresariales de negocio o estratégicas que resultaron fallidas<sup>58</sup>.

Esta regla parte de la premisa -ciertamente discutible y precisada, cuando menos, de algunas matizaciones relevantes- de que, en una economía de mercado, los administradores sociales que actúen de buena fe, sin incurrir en conflictos de intereses y

---

<sup>55</sup> Para un completo examen comparatista, *vid.* GURREA MARTÍNEZ (2017).

<sup>56</sup> Con esta expresión se quiere destacar que, cumpliéndose con los requisitos exigidos por el art. 226.1 LSC, las decisiones de negocio o estratégicas de los administradores no podrá reputarse negligentes mediante un ulterior análisis de su bondad o pertinencia desde un punto de vista empresarial. Si la sociedad, un socio o un tercero pretenden derivar la responsabilidad a los administradores por esa decisión, deberán buscar un título de imputación diverso.

<sup>57</sup> En el mismo sentido, *vid.* COCA VILA (2019).

<sup>58</sup> Por lo demás, y discrepando de los que, como RONCERO SÁNCHEZ (2016, pp. 383-423), han criticado la incorporación de la *business judgment rule* a nuestro Derecho positivo, creo que la reforma de la LSC de 2014 ha contribuido a dotar de mayor seguridad jurídica a nuestro Derecho de sociedades. Es cierto que, en el pasado, algunas resoluciones judiciales aplicaron esa regla (SSTS 991/2012, de 17 de enero [RJ 2012\4981; MP Rafael Gimeno-Bayón Cobos o 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007\1788; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta], pero -siendo generosos- con un desarrollo dogmático muy precario. Es previsible que la positivización de la regla contribuya a reducir la litigiosidad en este campo y, además, servirá de guía a los jueces que, hasta la reforma de 2014, carecían de una doctrina jurisprudencial clara al respecto.

tras recabar de forma razonable la información disponible, alcanzarán en su desempeño un nivel de asunción de riesgos óptimo desde el punto de vista empresarial<sup>59</sup>. O si es no óptimo, se acercará más a él que la evaluación *ex post* realizada por un juez. La razón es que, en principio, el mercado capitalista cuenta con incentivos *naturales* suficientes como para propiciar esta correcta asunción de riesgos por parte de los gestores de las compañías: “los administradores quizás hagan lo que puedan para aprovecharse de los inversores, pero se encuentran con que la dinámica del mercado les lleva a actuar como si llevaran los intereses de los inversores en su corazón. Es casi como si existiera una mano invisible” (EASTERBROOK y FISCHER, 1989, p. 1419).

Sobre los matices a esta premisa, *vid.*, GURREA MARTÍNEZ (2015). Este autor ofrece su impresión – confesadamente intuitiva- de que las condenas en España contra administradores derivadas del ejercicio de acciones de responsabilidad social son muy escasas, por lo que cuestiona la necesidad de incorporar la regla de discrecionalidad empresarial a nuestro ordenamiento. Ahora bien, si estoy en lo cierto, la regla del art. 226.1 LSC también sirve para proteger a los administradores de las acciones de responsabilidad infundadas instadas por acreedores (que sí son mucho más frecuentes en la praxis forense española) Cfr. PULGAR EZQUERRA (2019, p. 57). Coincido con GURREA MARTÍNEZ en que, a la hora de adoptar este tipo de decisiones legislativas sería imprescindible contar con un previo apoyo empírico sólido (lo que abunda en la idea, ya expresada en la introducción de este trabajo, de que lo normativo no puede construirse a espaldas de la realidad). Hasta donde me alcanza, seguimos sin tener datos estadísticos sobre este particular. Pero conviene no olvidar que, en nuestro ordenamiento, los administradores sociales no se encuentran sujetos solo a las distintas acciones (civiles) de responsabilidad previstas en la LSC, sino que también lo están a las de responsabilidad concursal derivada de la pieza de calificación y, lo que es más importante, a las acciones penales por delitos societarios e insolvencias punibles. Una especificidad del proceso penal español no es solo el reconocimiento de la acción popular, sino *también de la particular*, lo que propicia que, en muchas ocasiones, se opte por el socio o acreedor perjudicado, como medida de presión, por criminalizar artificialmente conductas civilmente negligentes (Un botón de muestra: SAP Madrid, 15ª, 20.07.16, JUR 2016\254615; MP: Ana Victoria Revuelta Iglesias). Esto es, en muchos países occidentales –como los anglosajones- el monopolio de la acción penal lo ostenta el Estado y en otros solo se permite la intervención de la víctima en el proceso penal a los meros efectos de cuantificar la responsabilidad civil (como ocurre, por ejemplo, en Francia). Quizá esta divergencia explique la situación de (eventual) infra-litigación española en esta área del Derecho de sociedades.

Muy poco después de esta acertada modificación legislativa se produjo una reforma del Código Penal abiertamente contraria al espíritu que subyace en la regla de protección de la discrecionalidad empresarial. En efecto, la Ley Orgánica 1/2015, que modificó el CP para eliminar las faltas o instaurar la polémica prisión permanente revisable, modificó radicalmente el conocido vulgarmente como “delito concursal”, tipificado en el art. 259.1 CP dentro de las insolvencias punibles, hasta el punto de que ya no se castiga –y con penas de prisión además- solo al insolvente de mala fe (esto es, quien genera o agrava intencionalmente su situación de insolvencia), sino también al de buena fe, en una suerte de censurable criminalización de fracaso empresarial<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Sobre esta cuestión, PAZ-ARES (2003, pp. 8-11).

<sup>60</sup> Cfr. RODRÍGUEZ CELADA (2017). El juicio negativo de esta reforma de los llamados “delitos de bancarrota” es prácticamente unánime en la doctrina (FRANCÉS LECUMBERRI, 2019; BUSTOS RUBIO, 2018; DE URBANO CASTRILLO 2016; FARALDO CABANA, 2015; SOUTO GARCÍA, 2015).

La reforma se justificaba por el legislador en la Exposición de Motivos de la siguiente forma:

“La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido”.

Es probable que el impacto de la crisis financiera –y el hecho de la multitud de sociedades acabaran en situación concursal, *de facto* o *de iure*, con los impagos de deudas correspondientes- condujera al Parlamento español a pensar que era necesario reforzar las “garantías” de cobro de los acreedores mediante la expansión del *ius puniendi* en caso de insolvencia –nótese- imprudente. Con independencia del juicio que merezca esta decisión de política legislativa, lo que sí es muy cuestionable es la utilización del Derecho Penal para regular conductas que debieran serlo primordialmente a través del Derecho Mercantil. Si se estimaba que las acciones de responsabilidad previstas en la Ley de Sociedades de Capital y la responsabilidad concursal eran insuficientes o desequilibradas, debió procederse a su modificación, porque esta es la sede natural de exigencia de responsabilidad por la gestión negligente de los administradores. Recurrir el uso intensivo del *ius puniendi* contra las insolvencias empresariales negligentes a través de la reforma del Código Penal no parece precisamente un ejemplo de buena técnica legislativa<sup>61</sup>. *Máxime en relación con unas conductas que ya presentaban una gran densidad regulatoria extrapenal.*<sup>62</sup> Porque no se atisba qué tipo de desvalor específico justificaría la punición penal –y con penas de prisión de hasta cuatro años- de las insolvencias imprudentes, en lo que parece una nueva manifestación contemporánea de la tendencia expansiva del Derecho Penal<sup>63</sup>. Y, a buen seguro, el marco normativo idóneo para el planteamiento de querellas abusivas<sup>64</sup>. Citaré a un clásico: “se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando la

<sup>61</sup> Me parece aplicable aquí lo que lúcidamente apunta LASCURAÍN SÁNCHEZ sobre la incorporación a nuestro Código Penal de los delitos societarios: “La crítica básica, que naturalmente solo tiene sentido en su concreción precepto por precepto, es la de falta de proporcionalidad de la intervención penal, bien por la insuficiente lesividad de las conductas, bien por la falta de necesidad del recurso a la pena a la vista de la existencia de mecanismos mercantiles razonablemente preventivos de las correspondientes irregularidades” (2018, p. 491).

<sup>62</sup> La responsabilidad por deudas del art. 367.1 LSC, la acción social de responsabilidad del art. 238 LSC, la acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC y la responsabilidad concursal art. 172 Bis LC. Algunos autores, aplicando el conocido como segundo principio de la termodinámica al Derecho, han calificado como “entropía” la creciente dispersión normativa de nuestro ordenamiento, poniendo el énfasis en su carácter asistemático e incoherente. Cfr. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, 1993, pp. 79-104. Para otros autores, como CARRASCO PERERA (2016, p. 313-350), todo sistema jurídico es, de por sí, tendencialmente arbitrario.

<sup>63</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2001. No puedo analizar aquí, pero sí quiero dejar apuntado, el riesgo de incurrir en un *bis in ídem*, como advirtió el “Informe del Consejo fiscal al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal”, p. 248.

<sup>64</sup> MUÑOZ ARANGUREN, 2018, pp. 303-305. En la misma línea crítica, *vid.* Norberto J. DE LA MATA, entrada de 30.6.2015 en el blog *Almacén de Derecho*: “Las nuevas insolvencias punibles y las relaciones entre Derecho penal y Derecho mercantil”, <https://almacendederecho.org/las-nuevas-insolvencias-punibles-y-las-relaciones-entre-derecho-penal-y-derecho-mercantil/>

punición no la pueden asumir otros instrumentos de regulación [...] ya sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de tipo social u otras: el llamado principio de subsidiariedad” (JAKOBS, 1997, p. 60).

Recordemos que el art. 259.1 9º CP, tras la reforma de 2015, dispone que

“será castigado con una *pena de prisión de uno a cuatro años* y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas [...]

9.ª Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial<sup>65</sup>”.

El delito concursal anterior a la reforma no contravenía la conocida como prohibición de la “prisión por deudas” en tanto que únicamente castigaba al deudor que generaba o agravaba su insolvencia de forma dolosa con el fin de perjudicar a sus acreedores (es decir, al insolvente de mala fe). Así, el ánimo de perjudicar a los acreedores se configuraba como un elemento esencial e imprescindible del delito, pues de lo contrario se estaría resucitando la ya mencionada prisión por deudas (era exigible, además, según la jurisprudencia, un “dolo directo” de perjudicar a los acreedores<sup>66</sup>). La importancia del elemento subjetivo (doloso) del injusto en este tipo delictivo había sido subrayado por Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, entre los que cabe destacar, por su especial claridad, la STS 6 de junio de 2006 (RJ 2006, 5355; MP: Juan Berdugo Gómez de la Torre):

“...respecto del elemento subjetivo, el art. 260.1 exige que la insolvencia o su agravación hayan sido causadas dolosamente por el autor [...] este elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas’.

Es cierto que ese precepto del CP puede –y debe– ser interpretado de forma restrictiva, de manera que no pueda reputarse gravemente negligente una decisión empresarial adoptada de buena fe que, aunque luego se demostrara absolutamente fallida, fuera tomada con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado<sup>67</sup>. Como de forma muy expresiva consignó la *Court of Chancery de Delaware*, “aquellos que toman

<sup>65</sup> El apartado 3º del art. 259 CP dispone que “[c]uando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses”. Este inciso puede tener sentido (o no, piénsese, ejemplo, en la improbable ocultación de activos, simulación de créditos o llevanza de doble contabilidad *a título imprudente*) con relación al resto de conductas tipificadas, en el caso de la conducta prevista en el art. 259.1.9ª es redundante: se sanciona la imprudencia en la falta de diligencia. Algo que ha llamado la atención de la doctrina, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER (2014) y RODRÍGUEZ CELADA (2017).

<sup>66</sup> STS, 2ª, 24.05.2007 (RJ 2007, 2613; Diego Ramos Gancedo), en la que puede leerse que “el dolo en la insolvencia tipificada en el art. 260 CP es un dolo directo, concretado en actos que reflejen la voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores”.

<sup>67</sup> Para una interpretación sensata de este precepto, *cfr.* RODRÍGUEZ CELADA (2017, pp. 31-34).

decisiones empresariales deben actuar en el mundo real, con información imperfecta, recursos limitados y un futuro incierto<sup>68</sup>.

Es más, 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 serlo *gravemente culposa a efectos penales*. Si el Juez de lo Mercantil no puede reevaluar las decisiones estratégicas o de negocio tomada por los administradores –porque entonces los gestores de la compañía carecerían justamente de esa capacidad decisoria “discrecional”- para catalogarlas como negligentes, con menos razón aún podría la jurisdicción penal castigar a los administradores con base en esas mismas decisiones, calificándolas como constitutivas de una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos *ex art. 259.1.9º CP*<sup>69</sup>.

Nos encontramos aquí con una remisión extrapenal del CP, pues solo el Derecho de sociedades podría decirnos –en el mejor de los casos, porque ya hemos apuntado con anterioridad las dificultades que presenta esta tarea- si determinada conducta es o no “empresarialmente” negligente. Como ha precisado ADÁN NIETO (2018, p. 50), “en el caso de los elementos normativos, dado su carácter jurídico, resulta esencial realizar una lectura conjunta del tipo penal con la normativa extrapenal para establecer su significado. La regla básica de esta lectura y que deriva del principio de unidad del ordenamiento jurídico es que la interpretación del elemento normativo no puede contradecir la normativa extrapenal, considerando delictivos comportamientos que son admisibles en el ámbito extrapenal. Más aún, este principio y el de seguridad jurídica exigen que los elementos normativos sean entendidos de modo conforme a la interpretación que existe en el sector del Derecho del que provienen”. Ahora bien, como a continuación veremos, el carácter esencialmente secundario del Derecho Penal (última *ratio*) obliga a entender esta remisión normativa como un *presupuesto* de antijuridicidad penal, pero no como una *consecuencia necesaria*. En palabras de COCA VILA (2019, pp. 12-13), “la teoría de la accesoriadad exige, por consiguiente, llevar a cabo un segundo juicio de antijuridicidad estrictamente penal, que opera como tamiz para filtrar aquellas infracciones de Derecho societario lo suficientemente graves como para merecer adicionalmente reproche penal”.

Pero ya solo el riesgo potencial de que este tipo penal pueda ser interpretado por los jueces españoles de forma menos restrictiva e incluso sucumbiendo al sesgo retrospectivo supone un poderoso y censurable desincentivo para la –beneficiosa para el conjunto de la sociedad- asunción de riesgos empresariales<sup>70</sup>. Cobra aquí una importancia cardinal la determinación

<sup>68</sup> *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, No. 3338-CC, 2009 WL 481906 (Del. Ch. Feb. 24, 2009). Esta es otra justificación plausible de por qué debe aplicarse a los administradores sociales una deferencia judicial mayor que a los profesionales: la imposibilidad de reconstruir *ex post* en la sala de vistas de un juzgado, de forma realista, la situación de limitación de tiempo e información accesible, así como de incertidumbre de los resultados, en la que la decisión de negocio fue adoptada.

<sup>69</sup> A una conclusión parecida llega, con relación al delito de administración desleal, COCA VILA (2019).

<sup>70</sup> No es tampoco un asunto menor el hecho de que el nuevo delito concursal del art. 259 CP replique un gran número de las causas de culpabilidad del concurso. Pero mientras que la LC exige normativamente para tal calificación que la conducta sea dolosa o esté incurso en “culpa grave”, en el CP basta con que sea “imprudente” (apartado 3º), sin exigirse que sea grave (aunque lo cierto es que simultáneamente se exige una infracción grave del deber de diligencia para que la conducta sea punible). Además, no debe perderse de vista que la apertura de la sección de calificación en el concurso no es automática, ya que el deudor concursado podrá evitarla, por ejemplo, alcanzando un acuerdo con los acreedores con una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años (art. 167.1 LC). Ese deudor concursado no tendrá incentivos para llegar a este tipo de acuerdos si, al margen del concurso, le puede ser exigida responsabilidad penal por las mismas causas de culpabilidad que recoge la LC. Cuando se cuestiona ya por algunas voces de la doctrina española la necesidad de que perviva la sección de

de cuál es el riesgo permitido –por oposición al riesgo jurídicamente desaprobado-. Como ha hecho notar SILVA SÁNCHEZ, “la determinación del riesgo permitido no es precisamente fácil, como resulta posible advertir en los últimos tiempos a propósito de supuestos vinculados con la crisis financiera” (2013, p. 19). A mi entender, siempre que se cumplan los requisitos del art. 226.1 LSC el riesgo empresarial subyacente a la decisión debe entenderse *permitido*. Pero no necesariamente a la inversa. Esto es, solo la decisión empresarialmente negligente desde el punto de vista de la responsabilidad civil puede ser considerada penalmente relevante, pero no toda decisión civilmente negligente integra automáticamente el injusto penal<sup>71</sup>. Por lo demás, y por si cupiera alguna duda, la *business judgment rule* no protege las decisiones disparatadas o irracionales. Porque este tipo de decisiones no son fruto de un genuino juicio *discrecional* –de la misma forma que un acto administrativo viciado por la desviación de poder nunca podría encontrarse amparado por la discrecionalidad administrativa-, sino que caen fuera del ámbito de protección de la norma<sup>72</sup>.

No es ocioso indicar que ya sabemos, por ejemplo –gracias a la teoría económica de la subasta- que, en lo que se refiere a las adquisiciones de activos por parte de sociedades, como consecuencia de la “maldición del ganador” (*winner’s curse*), los vencedores de la puja de hoy serán siempre los perdedores de mañana (THALER, 1995). Lo que puede llevar a conceptualizar equivocadamente – como consecuencia de una visión retrospectiva- como perjudiciales decisiones de negocio perfectamente racionales *ex ante*. Y también que, con arreglo al modelo de “inestabilidad financiera” de MINSKY, las entidades financieras son endógenamente propensas a incurrir en excesos, siendo inevitables las crisis financieras recurrentes: “a lo largo de un prolongado período de bonanza económica, las economías capitalistas tienden a transformarse, desde una estructura financiera dominada por entidades financieras cubiertas, a otra en la que aumenta el peso de las que están involucradas en las finanzas especulativas y Ponzi. Más aún, si una economía con un considerable número de entidades financieras especulativas experimenta presiones inflacionistas y las autoridades intentan reducir la inflación mediante restricciones monetarias, las unidades especulativas se vuelven unidades Ponzi y el valor neto de las que ya eran unidades Ponzi se evapora rápidamente. En consecuencia, las unidades con falta de liquidez se verán forzadas a adoptar una posición vendedora. Esto llevará probablemente a un colapso en el valor de los activos” (MINSKY, 2010, p. 248). Este escenario de “exuberancia irracional” entronca con la alta probabilidad de que, en épocas de bonanza económica, los gestores de las entidades financieras

---

calificación concursal (GURREA MARTÍNEZ, 2018, pp. 107-121), la existencia de un delito concursal que permite su comisión imprudente no deja de ser una anomalía perturbadora. No debe perderse de vista que la apertura de la sección de calificación en el concurso no es automática, ya que el deudor concursado podrá evitarla, por ejemplo, alcanzando un acuerdo con los acreedores con una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años (art. 167.1 LC). Ese deudor concursado no tendrá incentivos para llegar a este tipo de acuerdos si, al margen del concurso, le puede ser exigida responsabilidad penal por las mismas causas de culpabilidad que recoge la LC. Cuando se cuestiona ya por algunas voces de la doctrina española la necesidad de que perviva la sección de calificación concursal (GURREA MARTÍNEZ, 2018, pp. 107-121), la existencia de un delito concursal que permite su comisión imprudente no deja de ser una anomalía perturbadora.

<sup>71</sup> Esta posición –a la que me adscribo- ha sido denominada por la doctrina como “accesoriedad relativa o asimétrica”, en contraposición con la que postula que todo acto de los administradores que no respete los requisitos del art. 226 LSC será, automáticamente, penalmente relevante (accesoriedad estricta). Cfr. COCA VILA, 2019. Naturalmente, determinar cuándo la gravedad de la conducta del administrador que no ha respetado los requisitos para la aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial es susceptible de colmar el tipo penal es, dado su componente valorativo, complejo.

<sup>72</sup> Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Roncero sobre la *business judgment rule*”, post de 15.3.2017 de su blog “Derecho Mercantil”: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>

actúen bajo el influjo de otro sesgo (*overconfidence bias*) en la asunción de riesgos de negocio, lo que, como ha hecho notar SILVA SÁNCHEZ con gran perspicacia, plantea dos grandes interrogantes para la dogmática penal: “en primer lugar, si esa situación psicológica debe corresponderse, en el plano normativo, con la imprudencia grave o con el dolo eventual; y, en el caso de que se afirmara lo segundo, si el dolo eventual es suficiente, por ejemplo, para la imputación del delito de estafa”, “Crisis Financiera y Derecho Penal”, *Hay Derecho*.

Si es preciso proteger la discrecionalidad empresarial –en el caso de que se cumplan los requisitos procedimentales que garantizan su legitimidad formal y, en virtud de ello (no se olvide), sustantiva- frente a potenciales demandas de responsabilidad civil, con mayor razón habrá que cuidarse de que esa responsabilidad no se exija de forma subrepticia a través del proceso penal<sup>73</sup>.

Preocupación que me parece legítima, a tenor, por ejemplo, de los hechos objeto de la acusación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, de 31 de enero de 2019, asunto *CatalunyaCaixa*, o de otros casos –no de todos, obviamente-, vinculados con la gestión de las cajas de ahorro durante la crisis financiera que comenzó en 2008. Naturalmente, con esto no quiero exculpar la conducta –en ocasiones claramente delictiva, cfr. STS, 2ª, núm. 438/2018, de 3 octubre, RJ 2018\4189; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda o la STS, 2ª, nº 700/2016, de 9 de septiembre, RJ 2016\4411; MP: Manuel Marchena Gómez<sup>74</sup>- de algunos gestores de esas cajas, ni tampoco sostener que esté exenta de reproche ético e incluso de responsabilidad civil. Pero forzar los tipos penales para incardinar en su seno conductas dudosas conduce, en último término, a absoluciones frustrantes para las acusaciones y la opinión pública (*Vid.* STS, 2ª, 30.11.2016; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda o SAP Segovia 1ª, 7/2019, de 19 de marzo; MP: María Asunción Remírez Sainz de Murieta<sup>75</sup>). Ahora bien, interesa hacer notar en relación con ese tipo de instituciones financieras que, frente a ellas, no operaba uno de los instrumentos en que parte de la doctrina (por ejemplo, EASTERBROOK) justificaba la deferencia judicial sobre las decisiones empresariales: la confianza en que los incentivos del mercado actuarán sobre los administradores de las sociedades de capital moviéndoles a adoptar un nivel óptimo de asunción de riesgos. Y en el caso de las cajas de ahorro no era así, “ya que quedaban fuera del mercado para el control corporativo por la privación de derechos políticos a sus inversores”, CASTILLA CUBILLAS, 2015. Otro factor a tomar en consideración es que la crisis financiera (con el empleo masivo de recursos públicos para salvar a entidades financieras –fundamentalmente, en España, a las cajas de ahorro-), en el contexto del conocido como segundo teorema de MINSKY<sup>76</sup>, ha agudizado en la opinión pública una tendencia –ya detectada por algunos tratadistas desde hace años (SILVA SÁNCHEZ, 2001,

<sup>73</sup> Por eso, aunque algunos pasajes de la fundamentación jurídica de la resolución sean discutibles, acierta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25.4.19, Sección 1ª, nº 15/19 (MP: Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez), caso *Banco de Valencia*, cuando funda la condena por un delito de administración desleal en el hecho de que muchas de las operaciones controvertidas fueran adoptadas de forma personalista por el consejero delegado de la entidad, aplicándose los procedimientos de control de su viabilidad económica *a posteriori*, con la decisión ya tomada –o incluso ejecutada- de antemano.

<sup>74</sup> Al hilo de esa STS (las decisiones de los administradores sobre su retribución), convendrá recordar que, de conformidad con el art. 226.2 LSC, “[n]o se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”.

<sup>75</sup> TENA ARREGUI ha dedicado varias entradas en el blog *Hay Derecho* a analizar las vicisitudes del caso “Caja Segovia”, cuya lectura es muy recomendable para conocer cómo funcionaban muchas de estas entidades financieras y hasta qué punto las injerencias políticas en su gestión tuvieron efectos devastadores: [Caso Caja Segovia: cinco años después \(I\)](#).

<sup>76</sup> “El segundo teorema de la hipótesis de la inestabilidad financiera pone de manifiesto que a través de periodos de prosperidad prolongados, la economía transita desde relaciones financieras que la llevan a un sistema estable a otras relaciones financieras que la abocan a un sistema inestable”, MINSKY, 2010, p. 248.

p. 47-48)- a buscar a toda costa no ya un responsable, sino un *culpable*<sup>77</sup>. Para este autor, es característico de las sociedades occidentales posindustriales la progresiva expansión de la imputación de responsabilidad penal («Zurechnungsexpansion»), de forma que las víctimas ya no aceptan que el daño haya podido ser culpa suya, del azar o de factores concomitantes difusos que no permiten, en rigor, la delimitación personal y concreta de responsabilidades. Finalmente, es muy plausible que otro factor determinante para que se haya acudido con carácter preferente a la vía penal sea la ausencia de una norma sectorial que regulara de forma específica el régimen de responsabilidad civil de los administradores de las Cajas de ahorro (*vid.* sobre esta cuestión, RODRIGO TENA (2012), [“La responsabilidad civil de los gestores de las cajas de ahorros”](#))

Adicionalmente, se comprenderá con facilidad que el problema de competencia institucional se agrava exponencialmente. Parece lógico deducir que el juez penal estará todavía menos familiarizado con las particularidades de las decisiones empresariales que el Juez de lo Mercantil.

## **5.2. La imposibilidad de considerar como defectuoso un producto por el solo hecho de que se ponga posteriormente en circulación por el empresario de forma más perfeccionada**

Se trata de un campo especialmente propicio para que actúe el sesgo retrospectivo a la hora de enjuiciar la negligencia del fabricante de productos, especialmente cuando se aplica la normativa tuitiva de los consumidores. En efecto, las mejoras sucesivas en las prestaciones de los productos implementadas por un mismo fabricante pueden ser conceptuadas *ex post* como pruebas implícitas de que, cuando se comercializaron las versiones iniciales del producto, no se adoptaron las medidas de seguridad oportunas<sup>78</sup>. Es fácil intuir que el riesgo de penalizar a los empresarios especialmente diligentes en la mejora progresiva de sus productos no solo es contraproducente en términos económicos –se desincentiva la innovación-, sino que también perjudica a los potenciales clientes que, al no haberse adoptado esas medidas ulteriores por miedo a ser reputada su implementación como un

---

<sup>77</sup> No pretendo exonerar de forma generalizada a los administradores de las cajas de ahorro. Recordemos que, no por casualidad, todo el dinero público empleado en el llamado “rescate bancario” –cerca de sesenta mil millones de euros- se destinó a sanear económicamente el desbalance de las cajas, lo que evidencia un error *estructural* de diseño normativo de este tipo de entidades. En algunos casos, la falta de aptitud profesional para gestionar entidades financieras –y las continuas injerencias políticas- se vieron acompañadas de actuaciones delictivas. Por tanto, en ocasiones existieron “culpables” entre los gestores de las cajas perfectamente determinables y es justo que asuman su responsabilidad criminal. Pero en otras –como la salida a Bolsa de Bankia y la supuesta estafa a los inversores que acudieron a la misma-, que nada tiene que ver con el caso de las denominadas “tarjetas black”- esa atribución de responsabilidad penal es, a mi entender, mucho más dudosa (dejando al margen, lógicamente, la responsabilidad civil derivada de la mala praxis en la comercialización de las acciones de Bankia y de sus denominadas participaciones preferentes, que no es lo que se discute en ese proceso penal). En todo caso, y por lo que se refiere a la auto-fijación de las retribuciones de los administradores de las cajas –que está siendo, de largo, la cuestión más controvertida- no me cansaré de insistir que esas decisiones no están protegidas por la regla de discrecionalidad empresarial (art. 226.2 LSC). *Vid.*, sobre este tema, GÓMEZ-JARA DÍEZ (2009). Luego la crítica que a veces se formula a la incorporación de esta regla a nuestro Derecho de sociedades –sobre la base de se trataría de buscar la impunidad de los administradores sociales- no me parece fundada. Además, cuando se trata de juzgar este tipo de conductas, el problema de competencia institucional está ausente, como justificó el profesor PAZ-ARES en un trabajo ya clásico (2003, p. 8), “pues, a diferencia de lo que ocurre con el juicio de negligencia –que entraña una valoración técnico-económica compleja-, el juicio de lealtad es de orden moral o deontológico, y para ello están bien preparados los jueces”.

<sup>78</sup> La literatura jurídica norteamericana sobre la interacción entre el sesgo de retrospectiva y el Derecho de los consumidores es ingente. Una buena introducción puede encontrarse en VISCUSI (2013).

reconocimiento de la previa negligencia, no vieron evitados los daños que esas mejoras hubieran impedido. Son los “espectros invisibles” de los que hablaba el juez EASTERBROOK.

En España, el artículo 137.3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios contiene una escueta previsión para mitigar los efectos del sesgo de retrospectiva en este ámbito:

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

Pero ha sido en Estados Unidos donde esa cuestión se ha abordado de forma más general y elaborada, sin limitarla a los productos defectuosos. Lo hace la regla 407 sobre "*subsequent remedial measures*" de las *Federal Rules on Evidence*<sup>79</sup>:

"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 407 pretende, de manera primordial, que tras un accidente se adopten las *remedial measures* precisas para que no se repita el evento dañoso, sin que quien las promueva tenga el temor fundado de que su eventual implementación sea interpretada como admisión tácita de una negligencia precedente. Pero trata, además, de evitar que tales remedios agraven el sesgo de retrospectiva que espontáneamente nos llevará a pensar que el accidente hubiera sido fácilmente evitable mediante la aplicación de las medidas o mejoras incorporadas a raíz del siniestro inicial (y que no eran obvias *ab initio*). Porque, huelga decirlo, los accidentes “enseñan” muchas cosas a los fabricantes. Aspectos mejorables de los productos que solo el acaecimiento de un evento dañoso es capaz de iluminar.

Como se aprecia sin dificultad, esta norma no solo tiene por objeto –analizada desde la perspectiva de los postulados clásicos del análisis económico del Derecho– impedir que, como consecuencia del riesgo de condenas judiciales, se frene la mejora progresiva de las medidas de seguridad para evitar futuros siniestros. También sirve para impedir decisiones judiciales indebidamente sesgadas como consecuencia del posterior comportamiento del demandado que pueda ser interpretado como una tácita admisión de su previa negligencia.

El juez POSNER lo explicó con su habitual claridad conceptual<sup>80</sup>:

“A major purpose of Rule 407 is to promote safety by removing the disincentive to make repairs (or take other safety measures) after an accident that would exist if the accident victim could use those measures as evidence of the defendant's liability. One might think it not only immoral but reckless for an injurer, having been alerted by the accident to the existence of danger, not to take steps to correct the danger. But accidents are low-probability events. The probability of another accident may be much smaller than the probability that the victim of the accident that has already occurred will sue the injurer and, if permitted, will make devastating use at trial of any measures that the injurer may have taken since the accident to reduce the danger”.

Interesa hacer notar que el hecho de que esta regla se haya incorporado en el Derecho español a través de una norma de Derecho sustantivo –mientras que, por ejemplo, en

<sup>79</sup> Para un examen exhaustivo –desde varias perspectivas– de esa regla, cfr. KAHAN (2010) y la bibliografía allí citada.

<sup>80</sup> 733 F. 2d 463 - *Flaminio v. Honda Motor Company Ltd.*

Estados Unidos lo haya sido por medio de una norma procesal- no es en modo alguno indiferente. En el primer caso, se trata, en definitiva, de una “regla de juicio”, que obliga al juez, a la hora de dictar sentencia, a no conceptuar como defectuoso un producto por el mero hecho de que, con posterioridad, se ponga en circulación un modelo más perfeccionado que hubiera evitado los daños precedentes. En el caso de la regla 407 de las *Federal Rules of Evidence*, muy probablemente por el hecho de que el enjuiciamiento de estas reclamaciones en la jurisdicción civil de EEUU está atribuida a jurados legos en Derecho, se impide de plano el acceso de esa información al procedimiento como material probatorio. Se evita así el de riesgo de que los miembros del jurado, a pesar de haber sido apercebidos de la imposibilidad de toma en consideración de esas mejoras, no puedan sustraerse psicológicamente al efecto “hidráulico” de este sesgo. Nuevamente, en palabras de Richard A. POSNER<sup>81</sup>,

“But this overlooks the fact that the substantive judgment that underlies Rule 407 is entwined with procedural considerations. It is only because juries are believed to overreact to evidence of subsequent remedial measures that the admissibility of such evidence could deter defendants from taking such measures. As the Advisory Committee and others have argued (see the discussion and references in 2 Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* Sec. 283 at pp. 174-75 (Chadbourn ed. 1979)), to infer negligence from such measures is to commit the fallacy, to which juries have long been thought prone, of believing that “because the world gets wiser as it gets older, therefore it was foolish before.” *Hart v. Lancashire & Yorkshire Ry.*, 21 L.T.R. (n.s.) 261, 263 (Ex.1869)”.

Por lo que al Derecho continental se refiere, si bien es cierto que, como ya hemos apuntado, algunos estudios apuntan a que los jueces profesionales son (algo) menos propensos que los jurados a sucumbir al sesgo de retrospectiva (RACHLINSKI, 1998), lo cierto es que los primeros tampoco son ajenos a su pernicioso influjo, de manera que el hecho de que estas mejoras puedan ser potencialmente aducidas por el abogado del demandante en el proceso civil no está exento de riesgos.

### **5.3. La inadecuación del análisis *ex post facto* del estado de la técnica a la hora de evaluar la actividad inventiva de una patente. La doctrina del “could” y el “would” en el Derecho de Propiedad Industrial**

El Derecho de patentes también constituye un área especialmente fértil para que este sesgo cognitivo despliegue sus efectos de manera implacable e imperceptible<sup>82</sup>. En efecto, como es sabido, para que un invento o técnica merezca la protección otorgada por el Derecho de Propiedad Industrial no solo es preciso que se trate de un avance “novedoso y útil”, sino que debe tratarse, realmente, de un “invento”, es decir, de un avance no obvio. De conformidad con el art. 6.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, “se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica”. A continuación, el párrafo segundo de ese precepto dispone que “el estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de la presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio”. Lo que se completa con el art. 8

<sup>81</sup> 733 F. 2d 463 - *Flaminio v. Honda Motor Company Ltd.*

<sup>82</sup> QUINLAN (2014). En la doctrina española, *vid.* GAGO PECO (2018).

(actividad inventiva) de esa misma norma, que matiza que se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica “de una manera evidente para un experto en la materia”. Estas normas legales están orientadas, precisamente, a combatir una eventual evaluación sesgada de la actividad inventiva, ante el riesgo de que el juicio del evaluador se vea inconscientemente contaminada por los hechos que son conocidos con posterioridad a la invención<sup>83</sup>.

Por ello no es extraño que los tribunales españoles hayan tenido la ocasión de pronunciarse sobre este sesgo aplicado al Derecho de patentes, como en la SAP Barcelona, Secc. 15ª (especializada en Derecho Mercantil), de 30.10.2009 (AC 2010\159; MP: Luis Garrido Esplá):

“La tesis de R [...] constituye un claro ejemplo del análisis *ex post facto* vedado a la hora de examinar la patentabilidad de una invención, pues este examen no consiste en determinar qué es lo que hoy resultaría evidente para el experto en la materia a la vista de la patente impugnada, sino de retroceder en el tiempo y situarse en la posición del experto en la materia a la fecha de prioridad de la patente 306 y determinar qué habría resultado evidente entonces, antes de conocer el contenido de la patente impugnada”.

O la posterior Sentencia núm. 253/2016 de 24 noviembre (AC 2017\79; MP: Juan Francisco Garnica Martín) de esa misma Sección 15ª de la AP de Barcelona:

“81. En todo caso, puesto que el requisito de la actividad inventiva debe evaluarse a la fecha de prioridad de la patente examinada, resulta inadecuado un análisis *ex post facto* del estado de la técnica, examinándolo teniendo en cuenta y a sabiendas de la solución propuesta por la invención. Debe evitarse, por tanto, la tendencia a descartar un efecto sorprendente o inesperado, en la fecha de referencia, que puede parecer lógico o inevitable una vez que la invención ha sido desvelada y el problema técnico ha sido resuelto. En este sentido la doctrina de la EPO advierte, con criterio razonable, que “cuando una nueva idea ha sido formulada, normalmente puede mostrarse técnicamente cómo se podría haber llegado a la misma a partir de una base conocida, a través de una serie de pasos aparentemente fáciles. El examinador debería desconfiar de estos *ex post facto* (...). En todo caso debería intentar visualizar el conjunto del estado de la técnica con el que se encontraría un experto en la materia antes de la contribución del solicitante y debería intentar realizar una valoración de la situación real de estos hechos y de otros elementos relevantes (regla de examen CIV, 9.10.2)”.

También la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (igualmente especializada en Derecho Mercantil) suele alertar con regularidad de que “pese al mayor o menor grado de simplicidad que en apariencia pueda presentar la invención, debe evitarse que, en un análisis “*ex post facto*”, el conocimiento ofrecido de manera retrospectiva por la propia reivindicación cuya validez se cuestiona influya en la emisión del juicio de obviedad” (Sentencia núm. 190/2011, de 7 junio, JUR 2011\311513; MP: Pedro Gómez Sánchez; o la Sentencia núm. 71/2013, de 4 marzo, JUR 2013\160042; MP: Gregorio Plaza González).

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado que “no existe un único método para enjuiciar la actividad inventiva,” pero también que debe seguirse uno que asegure que en el enjuiciamiento se tienen en cuenta los factores decisivos. En su STS 1ª, 434/2013, de 12 de junio (RJ 2013\4978; MP: Rafael Sarazá Jimena), se corrobora la validez e idoneidad del método seguido por el tribunal de instancia de análisis “problema- solución” o de los tres

---

<sup>83</sup> OEERST (2018).

pasos, según el cual “primero hay que determinar el estado de la técnica más próximo, después, establecer el problema técnico objetivo que se pretende resolver; y, finalmente, considerar si la invención reivindicada habría sido o no obvia para un experto a la luz del estado de la técnica más cercano y del problema técnico. Dicho método, coherente con la regla 27 del Reglamento de Ejecución del Convenio, es utilizado con carácter general por la Oficina Europea y ha sido acogido por tribunales de otros Estados parte en el Convenio como un método útil en la generalidad de los casos para evaluar la actividad inventiva”.

A la hora de enjuiciar la patentabilidad de una invención, la obviedad no puede inferirse simplemente de que, en teoría, un experto en la materia hubiera tenido una mera esperanza de éxito en el descubrimiento del nuevo hallazgo, pues como recuerda la STS 1ª, 14.4.2015, no hay que confundir “expectativa *razonable* de éxito” con la mera “esperanza de tener éxito<sup>84</sup>”.

La Sentencia de la *Court of Appeal* de 28 de julio de 2015<sup>85</sup>, *Teva UK Ltd & Teva Pharmaceutical Industries Ltd v Leo Pharma A/s*, constituye uno de los precedentes recientes más relevantes en esta materia del Derecho anglosajón. Revocando la resolución recurrida, la *Court of Appeal* –a través de la *leading opinion* de Sir Robin Jacob– sostuvo que “nos encontramos ante el típico caso en que los tribunales se enfrentan a una invención producida a lo largo de los años, a un largo anhelo de la misma, a [la obtención de] la solución deseada y a ninguna explicación sobre por qué la solución no se produjo antes, cuando [teóricamente] habría sido posible. La falta de apreciación de lo anterior por parte del juez me parece otro error de principio –omitió una circunstancia relevante<sup>86</sup>–”.

Al otro lado del Atlántico, desde hace mucho los riesgos de la influencia de este sesgo en el área del Derecho de patentes han despertado el interés de la doctrina (MANDEL, 2006) y de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos, en su Sentencia *Graham v. John Deere Co.*<sup>87</sup>, que data de 1966, precisamente interpretando el Derecho de patentes, proclamó que “los Tribunales deben estar en guardia para no caer en el uso de la visión retrospectiva”. El Tribunal Supremo norteamericano reconoció el problema de la perspectiva *ex post facto*, que tiende a hacernos percibir como obvio algo que ahora parece simple por influjo de este sesgo, pero que probablemente no lo fue en el momento de su invención. Para combatir el influjo de esta distorsión cognitiva, la Corte Suprema, en *Graham v. John Deere Co.*, añadió las denominadas “consideraciones secundarias” al tradicional test de la no-obviedad. Además de indagar sobre los aspectos técnicos del invento, el Tribunal exigió a los órganos jurisdiccionales inferiores que analizaran “consideraciones secundarias como el éxito comercial, la existencia de un sentimiento de una larga necesidad no atendida, fracaso de otros, etc., que quizá puedan ser utilizadas para arrojar luz sobre las circunstancias que rodearon el origen del objeto que quería ser patentado”.

---

<sup>84</sup> Cfr. MERINO BAYLOS (2015, p. 81).

<sup>85</sup> [2015] EWCA Civ 779.

<sup>86</sup> Esa Sentencia también es relevante porque declara que, a la hora de aplicar el “test de la obviedad”, debe partirse de la base de que ese *experto teórico* en la materia sufriría exactamente los mismos prejuicios y limitaciones psicológicas que un *experto real*.

<sup>87</sup> 383 U.S. 1 (1966).

Fuera del ámbito jurisdiccional, merece la pena reseñar que son numerosas las resoluciones del *Board of Appeal* de la Oficina Europea de Patentes en las que se advierte del peligro que supone el análisis *ex post facto* en la evaluación de la actividad inventiva. Esas resoluciones alertan de que el riesgo de verse afectado por el sesgo retrospectivo es mayor cuando se trata de invenciones de combinación, de solución simple o de invenciones que, a primera vista, parecerían evidentes.

En la resolución de la Cámara de Apelación de la OEPM de 10 de febrero de 1993 (T 0564/89) se pone el acento en la importante diferencia existente entre el “*could*” y el “*would*”, precisándose que la cuestión decisiva para determinar si existe “actividad inventiva” consiste en preguntarse si “una persona experta en la materia habría (*would*) llevado a cabo la invención” y no si podría (*could*) haberlo hecho, ya que a veces es posible mostrar (una vez que la invención es conocida) que una persona experta en la materia podría llegar a ella mediante la combinación de piezas separadas del estado de la técnica<sup>88</sup>. Pero esta conjetura no se debe tener en cuenta, pues es el resultado del vedado análisis *ex post facto*.

Resulta también relevante la resolución de la Cámara de Apelación de 15 de septiembre de 2004 (T 0970/00). En este caso, la cuestión problemática derivaba de la interpretación de las características técnicas divulgadas en el documento que representaba el estado de la técnica más cercano. Como consecuencia de la retroproyección psicológica, se había interpretado incorrecta e inconscientemente que varias de las características técnicas definidas en la reivindicación independiente ya habían sido divulgadas en el documento más cercano del estado de la técnica. Pero esa conclusión era fruto del denominado “determinismo inconsciente” (*creeping determinism*), que hace que el sujeto integre en una narración causal única el resultado y las circunstancias que lo precedieron, atribuyendo a alguna de ellas la condición de causa principal, tal y explica esa resolución:

“However, as repeatedly stressed by the Boards of Appeal (see “Case Law of the Boards of Appeal”, 4th ed., 2001, chapter I, section D-2), *the primary purpose of the problem-solution approach is the objective assessment of inventive step and consequently any ex-post facto analysis, and in particular any conclusion going beyond what the skilled person would have objectively inferred, without the benefit of hindsight knowledge of the invention, from the prior art is of necessity at variance with a proper application of the problem-solution approach (see decision T 967/97, not published in OJ EPO, point 3.3 of the reasons). This applies not only to - among others - the determination of the closest prior art (“Case Law of the Boards of Appeal”, supra, chapter I, sections D-3.3 and D-3.5), the formulation of the technical problem solved by the invention (supra, chapter I, section D-4.2), and the assessment of what would have been obvious to the skilled person in the light of the state of the art (supra, chapter I, section D-6.1), but also to the determination of the technical contribution of the invention to the prior art. Accordingly, the determination of the technical contribution achieved by the invention over the closest - 8 - T 0970/00 2091.D state of the art requires an objective and technically meaningful and consistent comparison of the claimed combination of structural and functional features with the technical information conveyed to the skilled person by the closest state of the art (point 4.1.3 below). Any attempt to interpret the disclosure of the closest prior art so as to distort or misrepresent, based on hindsight knowledge of the invention, the proper technical teaching of the disclosure in such a way that it artificially meets specific features recited in the claim under consideration*

---

<sup>88</sup> El “could-would approach” ha sido acogido expresamente por el Tribunal Supremo español. Cfr. STS, 1ª, 14.4.2015, RJ 2015\2692, MP: Ignacio Sancho Gargallo.

(point 4.1.4 below) *must therefore fail*, especially as this would risk unfairly and tendentiously concealing the technical contribution of the invention (point 4.2.2 below) and prejudice the subsequent objective determination of the technical problem solved by the claimed invention”.

## 6. ¿Qué más puede hacerse?

A pesar de ser la psicología cognitiva una rama de esta ciencia relativamente joven, son abundantes los estudios y experimentos empíricos ya realizados en las últimas décadas sobre el impacto del sesgo de retrospectiva y las medidas a adoptar para lograr su neutralización o, al menos, su mitigación parcial<sup>89</sup>. Puede decirse que existe un cierto consenso científico en que la erradicación por completo de este sesgo es extraordinariamente complicada –por no decir imposible–, a pesar de ser una disfunción cognitiva relativamente fácil de explicar y de entender (RACHLINSKI, 1998). Señalaremos, a continuación, aquellos remedios, diferentes a los ya incorporados por el legislador español anteriormente examinados, que según la literatura especializada podrían adoptarse en el ámbito forense para corregir los efectos negativos derivados de decisiones sesgadas retrospectivamente:

(i) En primer lugar, y aunque sea obvio decirlo, la simple explicación a jueces o jurados de la posibilidad de sucumbir a este sesgo, así como la explicación de su funcionamiento e incluso la puesta en su conocimiento del consenso en la comunidad científica sobre su existencia, constituye un paliativo, aunque solo parcialmente eficaz (SUNSTEIN *et al.*, 2000). El grado de efectividad que se atribuye a esta medida por los especialistas es, a día de hoy, diverso, pero en cualquier caso reduce la probabilidad de sucumbir a este sesgo.

(ii) Un remedio que se ha demostrado más eficaz que el precedente consiste en obligar al sujeto concernido a formular mentalmente resultados alternativos al finalmente acaecido<sup>90</sup>. Es decir, se invita al sujeto a que imagine, aunque sea de forma artificial, escenarios contra-fácticos, lo que parece provocar en el sujeto mitigue la tendencia natural a sobreestimar el pasado.

Esta estrategia es más eficiente cuando no solo se exige al sujeto la formulación hipotética de resultados alternativos u opuestos al realmente acaecido, sino cuando se le requiere para que los redacte por escrito y asigne las probabilidades concretas de ocurrencia a las varias alternativas posibles<sup>91</sup>. Obviamente, sin perjuicio de la remota posibilidad de que un juez o un jurado puedan realizar este ejercicio de forma espontánea, la introducción en el debate procesal de escenarios alternativos será una tarea de los abogados de las partes en el proceso.

---

<sup>89</sup> Interesa hacer notar que, en fechas recientes, los experimentos de psicología cognitiva en EEUU están prestando una atención creciente a un fenómeno, distinto al de los sesgos, que también afecta a la racionalidad en la toma de decisiones. Se trata del denominado “ruido” (*noise*), que provoca inconsistencias en la emisión de juicios por parte de los seres humanos como consecuencia de factores en principio irrelevantes (su estado de ánimo, el tiempo transcurrido desde la última comida, la meteorología, etc.). Para una primera aproximación al concepto, *vid.* KAHNEMAN *et al* (2016), [Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making](#)

<sup>90</sup> WITTLIN (2016, p. 1364).

<sup>91</sup> TETLOCK (2005, pp. 203-204).

(iii) Otra técnica cuya efectividad ha sido estudiada, fundamentalmente en Estados Unidos, consiste en la denominada “bifurcación” (WITTIN, 2016, pp. 1368-1370). Esta estrategia consistiría, en esencia, en diseñar un procedimiento legal en cuyo seno los jueces o jurados realizaran un juicio sobre la conducta del individuo -para determinar si hubo o no negligencia- sin conocer la opción por la que se inclinó el demandado (y el resultado producido)<sup>92</sup>. Solo después de emitida esa valoración por el juez o jurado sobre el comportamiento *ex ante* del demandado bajo el “velo de la ignorancia” se le informaría de la alternativa escogida por el demandado y del alcance del daño sufrido por el demandante. Ahora bien, como es evidente, los jurados pueden deducir con facilidad que el demandante habrá sufrido algún tipo de daño, pues en caso contrario el procedimiento judicial no se habría iniciado.

(iv) Una técnica que se ha mostrado moderadamente eficaz a la hora de combatir el sesgo de retrospectiva es el reforzamiento de la obligación de motivación de las resoluciones judiciales. En general, puede afirmarse que una menor motivación suele acompañar a las decisiones más sesgadas (FARIÑA *et al.*, 2017). Por un lado, porque en algunas ocasiones la mera redacción de la motivación de una decisión puede conducir al juez a darse cuenta de la falta de consistencia de sus razonamientos o de la quiebra del discurso lógico (y moverle a reevaluar su decisión inicial). De otro, porque ese déficit de motivación sugiere un menor esfuerzo cognitivo en la valoración de la prueba por parte del juez o jurado.

(v) No debe desdeñarse el efecto mitigador del sesgo de retrospectiva derivado de la correcta utilización de los criterios de imputación objetiva por parte del juez (MUÑOZ ARANGUREN, 2011, p. 31). Es preciso hacer notar que “la imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable, bien con base en el criterio *subjetivo* de la culpa, bien con el criterio *objetivo* del riesgo.”<sup>93</sup>

La aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, formulada inicialmente por la doctrina penal y adoptada posteriormente por la civil -que se fundamenta sobre la base de “juicios de probabilidad”- supone una valoración de los hechos *ex ante* a la hora de medir la diligencia del agente, de manera que, al menos en la teoría, no se tiene en cuenta el resultado efectivamente acaecido a la hora de atribuirle o no la imputación de ese resultado lesivo<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Algo posible con arreglo al Derecho Procesal (civil) federal de EEUU. Es la regla 42 (b) de las *Federal Rules of Civil Procedure*: “For convenience, to avoid prejudice, or to expedite and economize, the court may order a separate trial of one or more separate issues, claims, crossclaims, counterclaims, or third-party claims”.

<sup>93</sup> PANTALEÓN PRIETO (1990, p. 1562).

<sup>94</sup> Una aplicación jurisprudencial reciente de ese criterio puede encontrarse en la STS, 1ª, 5.4.2019, (JUR 2019\201700; MP: Eduardo Baena Ruiz): “...a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada, no se excluye la imputabilidad (sentencia número 545/2007, de 17 de mayo), porque habida cuenta las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la instancia, no cabía descartar como extraordinariamente improbable (*ex ante* y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido, esto es, el incendio”.

Con arreglo a la teoría de la causalidad adecuada (REGLERO CAMPOS, 2008, p. 734):

“del conjunto de hechos antecedentes habría de considerar[se] como causa en sentido jurídico (con potencialidad suficiente para la imputación del daño) sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar «a priori», y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad), la producción del resultado (dimensión *positiva* de la causalidad adecuada). O formulado a la inversa, a la hora de imputar el daño debe[n] suprimirse del curso causal aquellos antecedentes que de forma estadísticamente muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismos, al resultado final (dimensión *negativa* de la causalidad adecuada [causa inadecuada]”.

Como subraya XIOL RÍOS (2011), los llamados criterios de imputación objetiva -mediante los cuales se integra en el nexo de causalidad un ámbito de valoración jurídica-, se han construido con la finalidad de corregir una aplicación mecánica del nexo de causalidad y de los criterios de imputación subjetiva. Su función es, consecuentemente, la de desintegrar, en virtud de principios jurídicos, el nexo causal existente en el mundo fenomenológico.

Siendo esto cierto, de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español no se pueden extraer con claridad los principios rectores que determinan qué criterios -prohibición de regreso, fin de prohibición de la norma, causalidad adecuada, etc.- deben aplicarse en cada caso o si entre ellos existe una relación de dependencia jerárquica. El énfasis que los tribunales ponen en algunos de ellos a la hora de resolver los problemas de imputación objetiva implica, en la práctica, una cierta dosis de discrecionalidad en su uso, en lo que parece la búsqueda de una racionalización *ex post* de la solución dada -quizá de forma intuitiva- al caso concreto.<sup>95</sup> Algunas resoluciones aisladas, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2008<sup>96</sup>, han otorgado al criterio del fin de protección de la norma un carácter prevalente sobre los demás. Por el contrario, el criterio de adecuación aparece en alguna ocasión en el último lugar en la escala de preferencias de la jurisprudencia, ya que es considerado por el Tribunal Supremo como una cláusula de cierre.<sup>97</sup> Coincido, sin embargo, con el profesor YZQUIERDO TOLSADA (2014, pp. 200-201), en censurar la desafortunada relegación de este criterio de imputación objetiva por la jurisprudencia civil española, cuando debería ocupar, por el contrario, una posición preeminente (y no solo por su eficacia para mitigar el sesgo retrospectivo<sup>98</sup>).

(vi) Pero como ha admitido, de forma algo resignada, uno de los psicólogos pioneros en esta materia, el premio Nobel de Economía [Daniel KAHNEMAN](#) (2018), quizá el recurso más efectivo es la revisión de nuestras conclusiones por parte de terceros. En el ámbito judicial, una medida de este tipo tan solo podría adoptarse en el seno de órganos colegiados, mediante el sencillo mecanismo de designar un “contraponente”, cuyo rol consistiría en

<sup>95</sup> A la misma conclusión llegó DE ÁNGEL YÁGÜEZ tras analizar de forma exhaustiva la jurisprudencia dictada por la Sala Primera en los últimos años (2014, pp. 173-202).

<sup>96</sup> RJ 2008\4640; MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>97</sup> XIOL RÍOS, 2011, p. 48. En ese mismo sentido, *vid.* STS, 1ª, de 19.02.2019, RJ 2019\613, MP: Eduardo Baena Ruiz.

<sup>98</sup> He tratado este tema con cierto detenimiento en otro lugar (MUÑOZ ARANGUREN, 2018, pp. 375-378). A mi juicio, el criterio de adecuación es, por así decirlo, el más *neutral* de los criterios de imputación objetiva, pues es ajeno -o, al menos, en gran medida- al componente valorativo que supone, por ejemplo, desentrañar el ámbito de protección de la norma.

detectar los razonamientos potencialmente viciados por el sesgo de retrospectiva y ponérselos de manifiesto, en su caso, al magistrado ponente. Aparentemente, estamos en mejor disposición de advertir el influjo del sesgo de retrospectiva en los demás que en nosotros mismos, de forma que la atribución sistemática de este papel de *discussant* a otro magistrado distinto del ponente puede mejorar sensiblemente la calidad de las decisiones de los tribunales<sup>99</sup>.

Concluyo ya. De lo expuesto se deduce que nos encontramos ante un fenómeno de muy difícil –cuando no imposible– erradicación. Y sujeto a constantes revisiones científicas en cuanto a su alcance y remedios. A la hora de enfrentarse a él, conviene recordar lo que Anthony T. KRONMAN señaló hace ya algún tiempo sobre las cualidades exigibles a cualquier jurista: “conocimiento del mundo, la cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y [un] espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos” (1986, p. 232).

## 7. Tabla de jurisprudencia citada

### Audiencias Provinciales y Juzgados

<i>Tribunal, Sección y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Barcelona, 15 <sup>a</sup> , 30.10.2009	AC 2010\159	Luis Garrido Esplá
SAP Madrid, 28 <sup>a</sup> , 07.06.2011	JUR 2011\311513	Pedro Gómez Sánchez
SAP Sevilla, 4 <sup>a</sup> , 15.10.2012	ARP 2013\410	José Manuel de Paúl Velasco
SAP Madrid, 17 <sup>a</sup> , 28.11.2012	ARP 2012\1280	Jesús Fernández Entralgo
SAP Sevilla, 4 <sup>a</sup> , 01.03.2013	ARP 2013\771	José Manuel de Paúl Velasco
SAP Madrid, 28 <sup>a</sup> , 04.03.2013	JUR 2013\160042	Gregorio Plaza González
SJM nº 1 Badajoz, 31.07.2013	JUR 2014\130361	Esther Sara Vila
SAP Badajoz, 3 <sup>a</sup> , 11.03.2014	JUR 2014\97838	Jesús Souto Herreros
SAP Valencia, 3 <sup>a</sup> , 17.12.2014	ARP 2015\104	M <sup>a</sup> del Carmen Melero
SJM nº 1 Vitoria-Gasteiz, 15.06.2015	JUR 2015\17121	María Teresa Trinidad Santos

<sup>99</sup> Quizá por eso tiene uno la sensación de que las ponencias de las sentencias que cuentan con votos particulares discrepantes suelen ser, *ceteris paribus*, técnicamente más depuradas que las adoptadas por unanimidad. Admito carecer de una base empírica para realizar esta afirmación de forma concluyente, pero parece razonable deducir que un contraste de pareceres en el seno de un tribunal –y la exposición pública de la discrepancia mediante la publicación del voto particular– ayudará al ponente a afinar conceptos, corregir errores y salvar contradicciones. Además, al hacerse públicos los disensos a través del voto particular, el ponente tendrá incentivos para mejorar la calidad de su resolución y convencer, por decirlo con PERELMAN, al “auditorio universal razonable”.

SAP Madrid, 17ª, 08.07.2015	ARP 2015\903	Jesús Fernández Entralgo
SAP Madrid, 17ª, 20.07.2015	ARP 2015\978	Jesús Fernández Entralgo
SAP Álava, 1ª, 10.03.2016	JUR 2016\59148	Mercedes Guerrero Romero
SAP Madrid, 15ª, 20.07.2016	JUR 2016\254615	Ana Victoria Revuelta Iglesias
SAP Barcelona, 15ª, 24.11.2016	AC 2017\79	Juan Francisco Garnica Martín
SAP Barcelona, 8ª, 31.01.2019	ARP 2019\709	José Mª Planchat Teruel
SAP Segovia, 1ª, 19.03.2019	ARP 2019\566	MªAsunción Remírez Sainz de Murieta
SAN, 1ª, 25.04.2019	ARP 2019\693	Jesús Eduardo Gutierrez Gómez
SAP Madrid, 28ª, 23.11.2019	JUR 2019\19196	Enrique García García

## Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 06.06.2006	RJ 2006\5355	Juan Berdugo Gómez de la Torre
STS, 1ª, 29.03.2007	RJ 2007\1788	Rafel Gimeno-Bayón Cobos
STS, 2ª, 24.05.2007	RJ 2007\2613	Diego Ramos Gancedo
STS, 1ª, 30.07.2008	RJ 2008\4640	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 17.01.2012	RJ 2012\4981	Rafel Gimeno-Bayón Cobos
STS, 2ª, 09.07.2012	RJ 2012\7077	Julián Sánchez Melgar
STS, 1ª, 09.05.2013	RJ 2013\3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
STS, 1ª, 12.06.2013	RJ 2013\434	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, 14.04.2015	RJ 2015\2692	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 2ª, 10.12.2015	RJ 2015\6230	Antonio del Moral García
STS, 2ª, 09.09.2016	RJ 2016\4411	Manuel Marchena Gómez
STS, 2ª, 30.11.2016	RJ 2016\906	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 1ª, 15.02.2017	RJ 2017\587	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 1ª, 14.12.2017	RJ 2017\5167	Pedro José Vela Torres
STS, 2ª, 03.10.2018	RJ 2018\4189	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

STS, 1ª, 19.02.2019

RJ 2019\613

Eduardo Baena Ruíz

## Tribunales extranjeros

<i>Tribunal</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
Tribunal Supremo EEUU	383 U.S. 1 (1966)	<i>Graham v. John Deere Co.</i>
Tribunal de Apelaciones 7º Circuito	733 F.2d 463 (1984)	<i>Flaminio v. Honda Motor Company Ltd</i>
Tribunal de Apelaciones 7º Circuito	896 F.2d 219 (1990)	<i>Carroll v. Otis Elevator Co.</i>
Tribunal Supremo de Canadá	2004 SCC 68 (2004)	<i>Peoples Department Store Inc. v. Wise</i>
Delaware Court of Chancery	964 A 2d 106 Del. Ch. (2009)	<i>In re Citigroup Inc Shareholder Derivative Litigation</i>
Court of Appeal	EWCA Civ 779 (2015)	<i>Teva UK Ltd &amp; Teva Pharmaceutical Industries Ltd v Leo Pharma A/s</i>

## 8. Bibliografía

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2012), “¿Por qué el análisis económico del Derecho no ha tenido (tanto) éxito en Europa?”

Jaime ALONSO GALLO (2006), “Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal”, *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex.

--- (2011), “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y Derecho Penal”, *InDret*, 4/2011.

Antonio ANTÓN Y ABAJO (2018), “Instrucción y sesgos cognitivos (una nueva aproximación al modelo de instrucción)”, *Diario La Ley*, núm. 9208.

Ramón ARCE FERNÁNDEZ (2017), “Análisis de contenido de las declaraciones de testigos: Evaluación de la validez científica y judicial de la hipótesis y la prueba forense” *Acción psicológica*, vol. 14, nº 2, 2017 (Ejemplar dedicado a: *Juridic Psychology*), pp. 171-190.

Teresa ARMENTA DEU (2012), *Sistemas procesales penales*, Marcial Pons.

S. Samuel ARSHT (1979), “The Business Judgement Rule Revisited”, *Hofstra Law Review*, núm.8, pp. 93-134.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2014), “Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013”, *Diario La Ley*, (8303).

---“La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica”, *InDret* 2/2019.

Daniel J. BENJAMIN (2018), "Errors in probabilistic reasoning and judgment biases" en *Handbook of Behavioral Economics*, Volume 2 (eds. Doug Bernheim, Stefano DellaVigna y David Laibson), VVAA, Elsevier, Amsterdam, pp. 69- 186.

Kenworthy BILZ (2010), "We Don't Want to Hear It: Psychology, Literature and the Narrative Model of Judging", *U. Ill. L. Rev.* 429, 435 & n. 24, pp. 429-488.

Miguel BUSTOS RUBIO (2018), "Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 50, BIB 2018\9410.

Juan José R. CALAZA, Guillermo DE LA DEHESA ROMERO (2014), "Complementos de economía del fútbol", *Claves de razón práctica*, nº 236, pp. 122-133.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2018), "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017", *VV.AA., Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. núm.9, Madrid, Dykinson.

Ángel CARRASCO PERERA (2016), *Tratado del abuso de derecho y fraude de ley*, Cizur Menor, Thomson Reuters.

Manuel CASTILLA CUBILLAS (2015), "Responsabilidad por la quiebra técnica de las Cajas de ahorro y protección de la discrecionalidad empresarial", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 137, BIB 2015\620.

---(2012), "Recapitalización de entidades de crédito, infracapitalización de promotoras inmobiliarias y abuso de la personalidad jurídica", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 283, pp. 197-230.

Jay J. CHRISTENSEN-SZALANSKI y Cynthia F. WILLHAM (1991), "The hindsight bias: A meta-analysis" *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 48(1), pp. 147-168.

Ivó COCA VILA (2019), "La Business Judgment Rule en la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal", *Diario La Ley*, nº 9371, 6 de marzo de 2019.

Manuel CONTHE GUTIÉRREZ (2007), *La paradoja del bronce*, Madrid, Crítica.

---(2013) "Cláusulas suelo: un borrón supremo", *Expansión*, 17.9.2013

Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2014), *Causalidad en la responsabilidad extracontractual, la imputación objetiva y otros extremos*, Aranzadi, Cizur Menor.

Norberto J. DE LA MATA BARRANCO (2015): "Las nuevas insolvencias punibles y las relaciones entre Derecho penal y Derecho mercantil", <https://almacenederecho.org/las-nuevas-insolvencias-punibles-y-las-relaciones-entre-derecho-penal-y-derecho-mercantil/>

Eduardo DE URBINA CASTRILLO (2016), "El delito de bancarrota, a examen", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, BIB 2016\80471.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2006), "¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, pp. 389-425.

Peter E. EARL (2018), "Richard H. Thaler: A Nobel Prize for Behavioural Economics", *Review of Political Economy*, pp. 7-125.

Frank H. EASTERBROOK (1984), "Managers' Discretion and Investors' Welfare: Theories and Evidence", *Delaware Journal of Corporate Law*, v. 9. pp. 540-571.

Frank H. EASTERBROOK y D. R. FISCHER (1989), "The Corporate Contract", *Columbia Law Review*, 89, pp. 1416-1448.

Wolfram EILENBERGER (2019), *Tiempo de magos. La gran década de la filosofía: 1919-1929*, Taurus, Barcelona, segunda reimpresión.

Patricia FARALDO CABANA (2015), "Vuelta a los hechos de bancarrota: el delito de insolvencia fraudulenta tras la reforma de 2015", *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 23, pp. 55-70.

Francisca FARIÑA, Laura REDONDO, Tania CORRÁS y Manuel VILARIÑO (2017), "Estudio de los efectos del anclaje en razonamientos judiciales en casos de disputa por la guardia y custodia", *Acción Psicológica*, pp. 147-156.

Francisca FARIÑA, Ramón ARCE y Mercedes NOVO (2002), "Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales", *Psicothema*, Vol. 14, núm. 1, pp. 39-46.

Luis FERNÁNDEZ DEL POZO (2018), "La viabilidad de las «acciones de lealtad» en nuestro derecho de sociedades («loyalty shares»)", *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 152, pp. 9-64.

Baruch FISCHHOFF (1975), "Hindsight≠foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty", *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Vol. 1, núm. 3, pp. 288-299.

Holger FLEISCHER (2002), "La «business judgment rule» a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 246, pp. 1727-1753.

Paz FRANCÉS LECUMBERRI (2019), "El delito de insolvencia punible documental (art. 259.1 aps. 6º a 8º CP)", *InDret 2/2019*.

Ángel GAGO PECO (2018), "Hindsight risks in Patent cases", *XXXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual*, Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, Madrid, pp. 229-233.

Marina GASCÓN ABELLÁN (2005), "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, pp. 127-139.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2011), "Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado", *Cuadernos Digitales de Formación 4/2011, Instrucción penal en el Derecho comparado*.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI y Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ (2019), "Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso", *VVAA*, en *La independencia judicial: un constante asedio*, (dir. Jordi NIEVA-FENOLL y Eduardo OTEIZA), Marcial Pons, Madrid, pp. 73-96.

Ignacio GOMÁ LANZÓN y Rodrigo TENA ARREGUI (2013), "La propuesta de la Comisión de Expertos sobre sociedades cotizadas (III), entrada en el blog *Hay Derecho* de 23 de noviembre de 2013, <https://hayderecho.expansion.com/2013/11/25/la-propuesta-de-la-comision-de-expertos-sobre-sociedades-cotizadas-iii/>

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (2009), "Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por la vía de la administración desleal?", *InDret* 2/2009.

Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2015), "El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La «zona de lo interpretable» y el azar en el Derecho", *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 7/2015, BIB 2015\2546.

Fernando GORDILLO LEÓN, Rafael Manuel LÓPEZ PÉREZ, Lilia MESTAS HERNÁNDEZ, Miguel Ángel PÉREZ NIETO y José María ARANA MARTÍNEZ (2016), "Comunicación no verbal y toma de decisiones en el ámbito judicial", *Behaviour and Law Journal*, núm. 2, pp. 51-58.

Aurelio GURREA MARTÍNEZ (2014), "La cuestionada deseabilidad económica de la *Business Judgment Rule* en el Derecho español", *Working Paper Series*.

---(2017), "Re-examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions", *IIDF working paper series*, 2/2016.

---(2018), "Hacia la supresión de la calificación del concurso", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, pp. 107-121

Reid HASTIE, David A. SCHKADE y John. W. Payne (1999), "Juror Judgments in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages", *Law and Human Behavior*, pp. 597-614.

Ulrich HOFFRAGE, Ralph HERTWING y Gerd GIGERENZER (2000), "Hindsight bias: A By-Product of Knowledge Up-dating?", *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 26 (3), pp. 556-581.

Juan IGARTUA SALAVERRÍA (1999), *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid.

Günther JAKOBS (1997), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid.

Juan F. JIMENO, Marta MARTÍNEZ-MATUTE y Juan S. MORA-SANGUINETTI (2015), "Employment Protection Legislation and labour court activity in Spain", *Banco de España Working Paper*, núm. 1507.

Dan M. KAHAN (2010), "The Economics --Conventional, Behavioral, and Political-- of "Subsequent Remedial Measures" Evidence", *Faculty Scholarship Series*, nº 4691, pp. 1616-1653.

Daniel KAHNEMAN (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Nueva York, Penguin.

Daniel KAHNEMAN, Andrew M. ROSENFELD, Linnea GANDHI, Tom BLASER (2016), "Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making", *Harvard Business Review*, <https://hbr.org/2016/10/noise>

Anthony T. KRONMAN (1986), "Practical Wisdom and Professional Character", *Social Philosophy and Policy*, nº 4, pp. 203-234.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018), *Derecho penal económico y de la empresa*, VVAA, Madrid, Dykinson, pp. 469-526.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2004), *Tratado derecho procesal penal*, Aranzadi, Madrid.

Miguel Angel MALO, Angel MARTÍN-ROMÁN y Alfonso MORAL (2018), "Peer effects or quasi peer effects in Spanish labour court rulings", *European Journal of Law and Economics*, volumen 45, pp. 497-525.

Gregory N. MANDEL (2006), "Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational", *Ohio State Law Journal*, Vol. 67, pp. 1391 y ss.

Francisco MARCOS (2015), "Contribuciones del análisis económico del Derecho de sociedades en España", *Economía Industrial*, pp. 31-40.

Ángel L. MARTÍN ROMÁN, Alfonso MORAL DE BLAS y Marta MARTÍNEZ MATUTE (2013), "Tipo de juez y estimación de los casos de despido: un análisis de los Juzgados de lo Social en España", *Cuadernos de economía*, pp. 142-154.

Pedro MERINO BAYLOS (2015), *La nueva Ley de Patentes*, VVAA (dir. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor.

Hyman P. MINSKY (2010), "La hipótesis de la inestabilidad financiera", *Revista de Economía Crítica*, nº 9, pp. 244-249.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (2011), "Justicia Penal y Pensamiento Científico", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 7-10.

Arturo MUÑOZ ARANGUREN (2011), "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: El factor humano. Una aproximación", *Indret* 2/2011.

---(2012) "Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional", *El notario del siglo XXI*, nº 42, pp. 60-67

---(2013), "La valoración judicial de la prueba de ADN: estadística y verdad procesal: a propósito de la STS 607/2012, de 9 de julio de 2012", en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 30, pp. 277-310.

---(2018), *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Madrid, Marcial Pons.

Jordi NIEVA FENOLL (2007), *Enjuiciamiento prima facie. Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Barcelona, Atelier.

--- (2012), "Inmediación y valoración de la prueba: El retorno de la irracionalidad", *Diario La Ley*, núm. 7783.

--- (2019), "La instrucción como falsa «primera instancia» del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo", *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, v.1, pp. 1-18.

Adán NIETO MARTÍN, (2018), *Derecho penal económico y de la empresa*, VVAA, Madrid, Dykinson, pp. 39-60.

Mercedes NOVO, Irene QUINTEIRO y María José VÁZQUEZ (2013), "¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores en las resoluciones judiciales?", *Anuario de Psicología Jurídica*, pp. 47-51.

Aileen OEBERST (2018), "Hindsight Bias (and Patent Law) Psychological research, reasonable speculations and implications for practice", *XXXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual*, Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, Madrid, pp. 235-249.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), "Comentario al artículo 1902 del Código Civil", VVAA, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, pp. 1971-2002.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2003), "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *InDret*, 4/2003.

Enrique PEÑARANDA RAMOS, Joaquín ORTEGA ESCOBAR, Miguel Ángel ALCÁZAR CÓRCOLES, LEOPOLDO PUENTE RODRIGUEZ (2017), "Psychopathy: Legal and neuroscientific aspects", *Anuario de psicología jurídica*, nº 27, pp. 57-66.

Joan PICÓ I JUNOY (2012), "El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita", *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, núm. 171, pp. 35-37.

Juana PULGAR EZQUERRA (2019), "Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 30, pp. 35-70.

Zachary QUINLAN, "Hindsight bias in Patent Law: Comparing USPTO and the EPO", *Fordham Law Journal*, v. 7, nº 36, pp. 1787-1820.

Jeffrey J. RACHLINSKI (1998), "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight", *Cornell Law Faculty Publications*, 801, pp. 571-625.

José Luis RAMÍREZ ORTÍZ (2019), "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, v. 1, pp. 1-46.

Eva RECAMÁN GRAÑA (2018), "La «business judgment rule» en la crisis. Una propuesta interpretativa", *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 54, pp. 143-164.

Enrique RODRÍGUEZ CELADA (2017), "La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursal", *InDret*.

Carles RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Adolfo JARNE y Xavier CARBONELL (2015), "Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las sentencias judiciales", *Acción Psicológica*, pp. 1-10.

Neal J. ROESE y Kathleen D. VOHS (2012) "Hindsight Bias", *Perspectives on Psychological Science*, vol. 7, no. 5, 2012, pp. 411-426.

Antonio RONCERO SÁNCHEZ (2016), "Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia", *VVAA, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, v. II., Aranzadi, pp. 383-423.

Eberhard SCHMIDT (1968), "Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, pp. 1209-1219.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2012), "Crisis Financiera y Derecho Penal", *Hay Derecho*.

--- (2013), *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, Edisofer, Madrid.

--- (2001) *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2ª ed.

Herbert A. SIMON (1955), "A Behavioral Model of Rational Choice", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1, pp. 99-118.

Eva María SOUTO GARCÍA (2015), "La tutela penal del derecho de crédito tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los «nuevos» delitos de frustración de la ejecución e insolvencia punible", *Revista Aranzadi de Derecho y Procesal Penal* (BIB 2015\1445).

Cass R. SUNSTEIN, Christine JOLLS y Richard H. THALER (1998), "A Behavioral Approach to Law and Economics," *Stanford Law Review*, 1471, pp. 1471-1550.

Cass R. SUNSTEIN *et al.* (2000), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge.

Rodrigo TENA ARREGUI (2019), [Caso Caja Segovia: cinco años después \(I\)](#)

---(2012) [La responsabilidad civil de los gestores de las cajas de ahorros](#)

Philip E. TETLOCK (2005), *Expert Political Judgment: How Good Is It? How Can We Know?*, Princeton

Richard H. THALER (1998), "The Winner's curse", *Journal of Economic Perspectives*, v. 2, nº1, pp. 191-202.

Jean TIROLE (2018), *La economía del bien común*, Debolsillo, Barcelona.

Lorena VARELA (2017), "Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-20.

Carmen VÁZQUEZ-ROJAS (2014), "Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial", *Anuario de Psicología Jurídica*, pp. 65-73.

José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR EZCURRA (1993), "El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho", *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, VVAA, Civitas, Madrid.

W. Kip VISCUSI (2013), "Does Product Liability Law Make Us Safer?", en *The American Illness. Essays on the Rule of Law*, VVAA, New Haven-Londres, Yale University Press, pp. pp. 137-156.

Ludwig WITTGENSTEIN (2003), *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid.

Maggie WITTLIN (2016), "Hindsight evidence", *Columbia Law Review*, núm.323, pp.1323-1394.

Juan Antonio XIOL RÍOS (2011), "Posición actual del Tribunal Supremo ante los pleitos de daños", en *Derecho de daños*, VVAA (coord. Mariano José Herrador Guardia), Sepin, Madrid.

Ben YAGODA (2018), "The Cognitive Biases Tricking your Brain", *The Atlantic*.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2014), *Responsabilidad civil extracontractual*. Dykinson, Madrid.