

4. DERECHO BANCARIO

Lex mercatoria islámica: La sharía como ley aplicable al contrato de *murabaha* bajo el «Reglamento Roma I»

Lex mercatoria islamica: Shari'a as choice of law under Regulation Rome I in a murabahah transaction agreement

por

BRUNO MARTÍN BAUMEISTER*
*Profesor Adjunto de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE*

RESUMEN: El peso demográfico de la población musulmana en el mundo, unido al crecimiento económico de algunos países del Golfo Pérsico ha contribuido a que el derecho financiero islámico represente en la actualidad una práctica jurídica cada vez más implantada en países de África, Oriente Medio, Sudeste Asiático y —aunque en menor medida— Europa y Norteamérica. En la actualidad el 80% de las operaciones financieras compatibles con la sharía se realizan bajo el esquema de financiación denominado *murabaha*. En este trabajo nos proponemos examinar las dificultades que se derivan de la cláusula de sumisión a la sharía de este contrato de financiación así como de la determinación de la ley aplicable en defecto de cláusula de sumisión válida.

ABSTRACT: *The worldwide growth of Muslim population and GCC's booming economies have turned Islamic finance into an ever more popular practice area in jurisdictions of Africa, the Middle East, Southeast Asia and —though less intense— Europe and North America. This paper describes the complexities deriving from Shari'a as choice of law and Shari'a as a legal system capable of being chosen under closest connection principles. Special attention will be paid to a financing scheme named murabaha, which accounts for roughly 80% of the Islamic financing market.*

PALABRAS CLAVE: Sharía. *Murabaha*. Shari'a risk. Riba. AAOIFI. Ley aplicable. Roma I.

KEY WORDS: *Shari'a. Murabahah. Shari'a risk. Riba. AAOIFI. Choice of law. Rome I.*

* Profesor Adjunto de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE, bruno.martin@comillas.edu. El presente trabajo es el resultado de estancias de investigación en John Wolff International and Comparative Law Library de Georgetown Law Center (Washington D.C.) y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DELIMITACIÓN DE LA NATURALEZA DEL DERECHO FINANCIERO ISLÁMICO.—III. ESQUEMAS DE FINANCIACIÓN ISLÁMICOS.—IV. EL DERECHO ISLÁMICO COMO LEY APLICABLE.—V. LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La industria financiera islámica ha experimentado un crecimiento notable en las últimas décadas, impulsada por la creciente acumulación de riqueza de los países islámicos exportadores de petróleo y por el fuerte aumento de la población musulmana, dentro y fuera del mundo islámico, que busca oportunidades y productos de inversión acordes con sus creencias religiosas¹. En los últimos treinta años la industria financiera islámica ha pasado de ser un nicho de mercado marginal a representar una práctica bancaria cada vez más implantada en países de África, Oriente Medio y Sudeste Asiático y que encuentra cada vez mayor aceptación entre inversores, bancos internacionales y despachos de abogados.

Aunque más adelante profundizaremos en su delimitación, el derecho financiero islámico (denominado en inglés *Islamic Finance* o *Shari'a Compliant Finance*) puede describirse como un cuerpo de principios de contratación bancaria —no siempre positivados— coherente con los preceptos del Islam². El derecho financiero islámico ocupa a día de hoy un terreno híbrido en el que confluyen creencias religiosas basadas en la sharía y consideraciones convencionales de rentabilidad financiera. Este mestizaje de intereses obedece, de un lado, a una mayor sensibilidad al hecho religioso islámico en el mundo de los negocios y, de otro, a la preeminencia de la práctica bancaria convencional en todo el orbe islámico —incluso en aquellos países que más han adaptado su ordenamiento jurídico a la sharía—. Así, la incompatibilidad con la sharía de algunos esquemas convencionales de financiación —como sucede, por ejemplo, con los sistemas remuneratorios basados en un tipo de interés o con la utilización de instrumentos derivados que entrañan un elemento de especulación—, exige que los operadores involucrados en esta práctica de mercado desarrollen nuevos esquemas que satisfagan tanto a los partícipes que precisan de una estructura de financiación *compliant* con los preceptos del Islam como a aquellos partícipes cuya principal preocupación reside en que el proyecto sea bankable en los mercados financieros internacionales.

En este trabajo nos proponemos examinar los problemas que se derivan de la sumisión al derecho islámico de un contrato de financiación así como de la determinación de la ley aplicable en defecto de cláusula de sumisión válida bajo el Reglamento Roma I³. En la actualidad, se estima que aproximadamente el 80% de las operaciones financieras compatibles con la sharía se realizan bajo el esquema de financiación denominado *murabaha*⁴, por lo que nos detendremos en el estudio de esta figura y su problemática bajo el punto de vista de la ley aplicable.

II. DELIMITACIÓN DE LA NATURALEZA DEL DERECHO FINANCIERO ISLÁMICO

De acuerdo con la visión tradicional, el derecho financiero islámico sería un cuerpo de normas jurídico-privadas y, en particular, de contratación bancaria, coherente con los preceptos de la sharía⁵. Esta visión concibe el derecho finan-

ciero islámico como parte del derecho positivo de un determinado estado y su creación se enmarcaría dentro de un proceso más amplio de «islamización» del ordenamiento jurídico secular⁶. Este sería el caso de las monarquías del CCG, Mauritania, Sudán, Irán, Iraq, Afganistán, Paquistán, Brunéi, Malasia e Indonesia.

No obstante, esta visión tradicional del derecho financiero islámico no acierta a describir un segundo fenómeno surgido de la moderna práctica financiera y que podríamos denominar con cierta cautela «responsabilidad corporativa islámica». La noción de derecho financiero islámico entendido en este último sentido describe un compendio de buenas prácticas islámicas de adhesión voluntaria en materia de contratación bancaria, creadas y aplicadas al margen de los ordenamientos jurídicos seculares inspirados o no por la sharía. La llamada «resurrección de la sharía» en el ámbito del derecho financiero moderno describe precisamente la tarea desempeñada por expertos privados consistente en la selección y reinterpretación de principios y normas altomedievales con el fin de crear buenas prácticas contractuales de adhesión voluntaria en el tráfico bancario⁷. Resulta sorprendente que el fenómeno del derecho financiero islámico así concebido sea más intenso en países liberales, que con cuentan una clara separación de religión y estado —por ejemplo Emiratos Árabes Unidos, Malasia y Reino Unido— que en aquellos estados cuyo ordenamiento jurídico se supone plenamente islamizado como Arabia Saudí, Sudán, Paquistán o Irán que, aunque cuentan con una industria financiera islámica propia, es escasamente atractiva para inversores internacionales (véase *Shari'a risk* infra 2a)⁸.

En los últimos años la globalización ha puesto en tela de juicio aquel paradigma tradicional del derecho comparado de «escrutar las diferencias y semejanzas de las instituciones propias de ordenamientos jurídicos distintos»; planteamiento que —en términos de ULRICH BECK— respondería a una teoría del contenedor; según la cual los estados nacionales y sus ordenamientos jurídicos son aislables y contenibles en «cajas»⁹. Sin embargo, vemos que la teoría del derecho comparado presta cada vez más atención a los fenómenos denominados prácticas jurídicas transnacionales, esto es, principios y normas generados en el mercado internacional al margen de los estados nacionales y únicamente refrendados tácitamente por estos. Desde esta perspectiva, el derecho internacional de los negocios no sería más que un conjunto de principios y normas definidas en contratos y estandarizados progresivamente por la práctica de mercado. Esta perspectiva es útil a la hora de abordar la delimitación de la naturaleza del derecho financiero islámico, dado que permite apartarnos del paradigma tradicional estado-céntrico de la reforma normativa en el mundo musulmán¹⁰. No obstante, vemos que en el contexto de las finanzas islámicas algunos postulados propios del debate sobre las prácticas jurídicas transnacionales deberán ser revisados, por ejemplo, la creencia de que la práctica jurídica transnacional tiende inexorablemente a la uniformización y que no es susceptible de cierto pluralismo regional¹¹.

III. ESQUEMAS DE FINANCIACIÓN ISLÁMICOS

En la actualidad, el 80% de las operaciones financieras compatibles con la sharía se realizan en forma de *murabaha*, por lo que vamos a detenernos un poco más en el estudio de esta figura y su problemática bajo el punto de vista de la ley aplicable, tanto en los casos de sumisión a la ley de un determinado ordenamiento jurídico como en los casos de falta de sumisión expresa. La *murabaha* se desdobra en un contrato de comisión de compra y dos contratos de compraventa, que tienen

lugar de forma consecutiva¹². De acuerdo con el contrato de comisión de compra, un cliente, que desea adquirir un determinado activo, encomienda a una entidad financiera la adquisición de dicho activo, que lo adquiere de acuerdo con el «primer contrato de compraventa» por un precio «x» de un determinado proveedor y con sujeción a los términos y condiciones previamente acordados entre el proveedor y el cliente, que actúa como comisionista de la entidad financiera¹³. A continuación, con arreglo al «segundo contrato de compraventa», la entidad financiera vende el bien al cliente por un precio de «x + y», que será abonado por el cliente de una sola vez en una determinada fecha o con arreglo a un calendario de pagos. La diferencia de precio que hemos denominado «y» no refleja el coste financiero del cobro aplazado del precio por parte de la entidad financiera, sino el valor de mercado que el cliente y la entidad financiera han acordado asignarle al activo en una determinada fecha¹⁴. El cliente no está obligado a adquirir el activo, si bien, en la práctica la entidad financiera suele prevenir este riesgo mediante la obtención de un pagaré del cliente, una oferta irrevocable de compra y/o un pago anticipado del cliente¹⁵. La opción de compra combinada con un pago anticipado se denomina *arbun* y ha sido objeto de cierta controversia entre expertos islámicos¹⁶. Es habitual que la entidad financiera ceda al cliente las acciones que puedan corresponderle contra el proveedor bajo la cláusula de manifestaciones y garantías (*representations and warranties*). La *murabaha* es, en cierto modo, tributaria del contrato de crédito documentario, con la diferencia clave de que el banco deviene propietario de los bienes durante el periodo que media entre los dos contratos de compraventa y asume, al menos en teoría, los riesgos de pérdida o deterioro.

IV. EL DERECHO ISLÁMICO COMO LEY APLICABLE

Entre los principios básicos del derecho de contratación internacional está la autonomía de las partes a la hora de determinar la ley aplicable al contrato. Son ilustrativos a este respecto el artículo 3 del Reglamento 2008/593/CE, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo («Reglamento Roma I») y el artículo 28(1) de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. En el ámbito de las finanzas islámicas existen fundamentalmente dos modelos de cláusulas, dependiendo de si las partes optan por someter el contrato exclusivamente a la sharía o, como suele ser más habitual, se decantan por un modelo mixto de sumisión al ordenamiento jurídico de un estado —generalmente el Reino Unido o el estado de Nueva York— y a la sharía. Teóricamente cabe una tercera opción —no demasiado frecuente en este contexto—, que sería la de someter el contrato exclusivamente a la ley de un determinado estado, si bien este caso no plantea especiales dificultades desde el punto de vista del conflicto de normas.

En el primer supuesto, esto es, si el contrato de financiación islámico queda sometido exclusivamente a la sharía, la determinación de la ley aplicable tampoco plantea muchos problemas en la actualidad, si bien es cierto que bajo el Convenio de Roma, antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I, la pregunta acerca de si el principio de autonomía de la voluntad de las partes comprendía la facultad de someter el contrato a un ordenamiento jurídico distinto del estatal fue objeto de cierta controversia¹⁷. En el contexto europeo, este debate fue especialmente notable a propósito de la sumisión a la *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT de derecho internacional de los contratos (1994) así como los Principios de Derecho Contractual Europeo. La doctrina mayoritaria proponía soluciones distintas dependiendo de si el litigio se sustentaba ante una corte de arbitraje

o ante un tribunal estatal. En el caso del arbitraje, la validez de la cláusula de sumisión a un derecho no estatal —incluso a los principios de equidad— estaba ampliamente aceptada. Esta posición venía reforzada por el redactado del artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional así como por numerosos estatutos de cortes de arbitraje internacional. El Reglamento Roma I no introduce ninguna novedad a este respecto, por lo que parece admisible la sumisión de un contrato a los principios de la sharía, siempre que la jurisdicción competente sea una corte de arbitraje cuyos estatutos reconozcan la elección de un derecho no estatal como ley aplicable al contrato¹⁸.

En el segundo supuesto, si la jurisdicción aplicable era un tribunal estatal, la cláusula de sumisión a la sharía no era válida conforme al Convenio de Roma. La posición doctrinal mayoritaria entendía que el tribunal estatal estaría vinculado por la interpretación de las normas de derecho internacional privado. En el contexto europeo, la interpretación tradicional del artículo 3(1) del Convenio de Roma insistía en que este se refería exclusivamente a ordenamientos jurídicos estatales¹⁹. Aunque el artículo 3(1) del Reglamento Roma I no difiere del artículo 3(1) del Convenio de Roma en este punto, el considerando (13) del Reglamento Roma I reconoce ahora que las partes pueden incorporar a su contrato por referencia un derecho no estatal o un convenio internacional. De ahí que la cláusula de sumisión a la sharía tampoco debiera ser válida conforme al Reglamento Roma I, si bien pudiera ser incorporada por referencia en tanto que derecho no estatal en el sentido apuntado supra V.2. Asimismo tampoco debiera plantear problemas el reconocimiento en los estados de la Unión Europea de una sentencia o laudo arbitral dictado en un tercer estado que reconozca alcance sustantivo y normativo propio a la sharía por virtud tanto del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, del Consejo, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias como del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Las cláusulas mixtas que contienen una doble remisión a la ley de un determinado estado y al derecho islámico son relativamente frecuentes. Un redactado habitual puede ser el siguiente: «con sujeción a los principios de la gloriosa sharía, este contrato se someterá y será interpretado conforme a las leyes de [Reino Unido / estado de Nueva York, etc.]»²⁰. Sin perjuicio del supuesto de *dépeçage* descrito en el apartado siguiente, el artículo 3 del Reglamento Roma I establece claramente que las partes deben elegir «la» ley aplicable al contrato, de modo que no cabría someter el contrato a dos ordenamientos jurídicos distintos. De hecho, a pesar de que el redactado es ambiguo, la intención de las partes en la cláusula antes citada no es tanto la de someter el contrato a dos ordenamientos distintos, cuanto de elegir como «ley aplicable» el ordenamiento jurídico de una jurisdicción de reconocido prestigio en el tráfico financiero —cuyos órganos jurisdiccionales declinarán previsiblemente todo pronunciamiento en materia religiosa— e introducir una declaración programática de conformidad del contrato con la sharía. La sujeción a la sharía queda de esta manera reducida a la adhesión a unos principios éticos de inspiración islámica, cuyo cumplimiento es verificado ex ante —esto es, con anterioridad a la suscripción del contrato— por un experto islámico privado designado de común acuerdo entre las partes. Esta aproximación se ve habitualmente reforzada con la ya mencionada cláusula *waiver of Shari'a defense*. El deslinde entre ley secular y ley religiosa sería más difícil de operar si el contrato quedara sometido a las leyes de un estado que sí ha incorporado la sharía como fuente del derecho —por ejemplo Irán, Sudán, Paquistán o Arabia Saudí—. En estos supuestos parece poco probable que los

órganos judiciales declinen su competencia en materia religiosa, de modo que cobraría virtualidad el denominado *Shari'a risk*, esto es, el riesgo de que un órgano judicial declare el derecho islámico como judiciable y emita pronunciamientos no previstos de antemano por las partes contratantes, además de potencialmente incompatibles con la práctica financiera convencional.

A pesar de la prohibición de someter un contrato a dos ordenamientos distintos, el artículo 3 del Reglamento de Roma I reconoce el supuesto de *dépeçage*, según el cual las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad «o solo a una parte del contrato», esto es, las partes pueden someter distintas partes del contrato a diferentes ordenamientos. La premisa necesaria en este supuesto es que el contrato sea claramente divisible «en partes». Si bien la *murabaha* presenta relaciones jurídicas claramente diferenciadas, las partes suelen optar por una cláusula de sumisión unitaria para todo el contrato, sea en sus modalidades simple o mixta antes mencionadas.

Una vez establecido que solo cabe una ley aplicable al contrato con arreglo al Reglamento Roma I y que el supuesto de *dépeçage* no suele ser relevante en este contexto, cabe preguntarse acerca de la incorporación por referencia de la *shari'a* —suponiendo que no medie una cláusula *waiver of Shari'a defense*—. Dentro de los límites de las leyes de policía referidos en el artículo 9 del Reglamento Roma I, la incorporación por referencia (*materiellrechtlicher Verweis*) tendría la virtualidad de derogar todas aquellas normas dispositivas del ordenamiento jurídico aplicable al contrato que fueran incompatibles con la *shari'a*²¹. Comparado con el artículo 7 del Convenio de Roma, el artículo 9 del Reglamento Roma I reduce sensiblemente los supuestos de «leyes de policía» que permiten a un juez declarar inaplicable una norma de conflicto contenida en el reglamento. El artículo 9 diferencia entre las «consideraciones de interés público» y las «disposiciones imperativas», distinción que no era del todo clara bajo el Convenio de Roma. El considerando (37) del Reglamento Roma I aclara que «el concepto de “leyes de policía” debe distinguirse de la expresión “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” y debe interpretarse de manera más restrictiva». La noción de «leyes de policía» queda limitada a aquellas normas que salvaguarden ciertos intereses públicos, noción que no incluye normas sobre protección de partes contractuales —por ejemplo de derecho de consumidores—.

En el caso de la *shari'a*, la incorporación por referencia presenta una complicación añadida y es que el órgano jurisdiccional competente inevitablemente se verá obligado a pedir un testimonio de los principios islámicos aplicables a los hechos. Como hemos visto, en materia de contratación bancaria, la *shari'a* no representa una codificación de normas de contratación bancaria, sino más bien una relación de objetivos y principios, cuyo número y configuración exacta varía según las autoridades regulatorias y expertos islámicos consultados. Suponiendo que no medie una cláusula *waiver of Shari'a defense* y que las partes verdaderamente deseen incorporar ciertos preceptos islámicos al contrato por referencia, parece que la opción más prudente fuera delimitar con precisión en el contrato los principios relevantes. No parece que el catálogo de principios islámicos esenciales mencionados supra IV —prohibiciones de interés, especulación, incertidumbre e inversión en actividades prohibidas y mandatos de distribución del riesgo y de activos tangibles subyacentes—, sea necesariamente incompatible con las leyes de policía ni las disposiciones imperativas de los estados de la Unión Europea. Otra forma de proceder que se ha podido apreciar en los últimos años es la solicitud por las partes de una fetua a un experto islámico con el fin de que se pronuncie sobre la oportunidad de ejercitar o no ciertas pretensiones bajo el contrato con arreglo a la *shari'a*.

El caso *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* representa, a día de hoy, el pronunciamiento más conocido de un tribunal inglés sobre un supuesto de cláusula mixta²². El tribunal desestima la pretensión de la demandante de que el contrato infringe ciertos preceptos de la sharía, considerando que, con arreglo al artículo 1 del Convenio de Roma, la ley aplicable al contrato debe ser única y necesariamente un ordenamiento jurídico estatal —en este caso el derecho inglés—. El tribunal aclara, además, que la sharía no reúne los requisitos de un ordenamiento jurídico estatal, entre otros motivos, por no estar suficientemente codificada, y no es susceptible de ser designada ley aplicable a un contrato. El tribunal confirma el razonamiento de la parte demandada de que la calificación religiosa del contrato no constituye materiajudicial dado que es anterior a la suscripción de este y corresponde a un Shari'a Board su verificación. El tribunal no aborda la cuestión de la incorporación por referencia de la sharía —lógicamente, porque el caso se decide bajo la vigencia del Convenio de Roma y no existe una disposición equivalente al considerado (37) del Reglamento Roma I (*vid., supra*)— ni el supuesto de *dépeçage*, en vista de que no es disputado por las partes²³.

V. LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

En el esquema de *murabaha* se pueden identificar tres relaciones jurídicas, como son (i) el contrato de comisión de compra entre el cliente y la entidad financiera; (ii) el contrato de compraventa que conciertan la entidad financiera y el proveedor del activo; y (iii) el contrato de compraventa que conciertan el cliente y la entidad financiera. Conviene señalar, en primer lugar, que el contrato de comisión de compra así como el contrato de compraventa entre el cliente y la entidad financiera no suelen plantear problemas de conflicto de normas bajo el Reglamento Roma I dado que las partes generalmente tendrán su domicilio social en la misma jurisdicción, por lo que rara vez nos encontraremos ante un contrato internacional en el sentido del artículo 1.1 del Reglamento de Roma I. Sin embargo, desde el punto de vista del conflicto de normas, merecen un examen más detallado dos cuestiones relativas al contrato de compraventa que conciertan la entidad financiera y el proveedor del activo; de un lado, la obligación de la entidad financiera de pagar el precio al proveedor —pensemos en el supuesto de que la entidad financiera declina el pago del precio, por el motivo que sea— y, de otro, las acciones que asisten al cliente contra el proveedor en caso de entrega de un activo defectuoso.

En defecto de elección o de cláusula válida de ley aplicable, dispone el artículo 4(2) del Reglamento Roma I que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de la *murabaha* no resulta sencillo determinar la prestación característica del contrato, dado que nos encontramos ante tres relaciones jurídicas distintas ligadas por una función económica común como es la financiación a través de un préstamo o crédito, generalmente de corto o medio plazo. Bajo el artículo 4(2) del Reglamento Roma I se plantean dos cuestiones estrechamente conectadas: (i) de un lado, si el esquema de *murabaha* en su conjunto debe quedar sometido a una única ley aplicable o si, por el contrario, las relaciones jurídicas que lo integran pueden quedar sometidas a distintas leyes aplicables; y (ii) si la prestación característica del contrato debe ser definida atendiendo a la entrega del activo que es objeto de los dos contratos de compraventa o bien atendiendo a la función económica de financiación a la que obedece la *murabaha* en su conjunto²⁴.

En relación con la primera cuestión, en el caso de la sumisión unitaria a una sola ley aplicable, el resultado puede ser distinto dependiendo si se consideran como prestación característica del contrato la concesión de la financiación o las entregas del activo bajo los dos contratos de compraventa. En el primer caso, la ley aplicable sería la de la jurisdicción en la que la entidad financiera tenga su domicilio social. En el segundo caso, si la prestación característica del contrato fueran las entregas del activo, parece que no cabría más opción que separar las dos relaciones jurídicas de compraventa, siendo aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías («Convención de Viena») o la ley de la jurisdicción del vendedor, según los casos.

En relación con la segunda cuestión, la sumisión de diferentes partes de la *murabaha* a distintas leyes aplicables parecería, a priori, más acorde a su naturaleza, en la medida que incorpora elementos tanto de una adquisición de activo como de una financiación, pero lo cierto es que no encaja bien ni en la simple compraventa ni en el mero contrato de préstamo o crédito. Esta naturaleza dual parece que debiera encontrar reflejo bajo el régimen de normas de conflicto, separando las potenciales disputas relacionadas con los componentes de «adquisición» y de «financiación» de la *murabaha*. El artículo 4(1) *in fine* del Convenio de Roma admitía de forma excepcional la noción de *dépeçage* al disponer que «[...] No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país». Bajo el Reglamento de Roma I la situación es un poco más ambigua. Aunque el artículo 3(1) del Reglamento de Roma I admite la posibilidad de que las partes sometan el contrato a distintas leyes aplicables, el artículo 4 elimina toda referencia a la pluralidad de leyes aplicables a un contrato a falta de elección de las partes. La separación de leyes aplicables a la *murabaha* tendría la virtualidad de ofrecer remedios jurídicos diferenciados en los dos escenarios de disputa que son relevantes desde el punto de vista del conflicto de normas. De un lado, en una disputa entre el proveedor y la entidad financiera —pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que la entidad financiera se niegue a pagar el precio—, la *murabaha* podría ser calificada como contrato de crédito documentario, siendo la ley aplicable la de la jurisdicción del domicilio social de la entidad financiera, que determinaría la obligación de la entidad financiera de abonar el precio en el caso de que se hayan presentado válidamente los documentos que justifican la reclamación²⁵. De otra parte, en una disputa entre el proveedor y el cliente —pensemos en una reclamación por vicios de la cosa entregada y recordemos que habitualmente la entidad financiera cede al cliente las pretensiones que puedan corresponderle contra el proveedor bajo la cláusula de manifestaciones y garantías del «primer contrato de compraventa»—, la *murabaha* podría ser calificada de contrato de compraventa sujeta a la Convención de Viena²⁶ o a la ley de la jurisdicción en la que el proveedor tenga su residencia habitual con arreglo al artículo 4(1) a) del Reglamento Roma I, basando el cliente su reclamación en el artículo 14(2) del Reglamento Roma I, que dispone que la ley que rija el crédito objeto de cesión o subrogación «determinará las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor».

VI. CONCLUSIONES

El derecho financiero islámico se puede definir como un cuerpo de principios de contratación bancaria —no siempre positivados— coherente con los preceptos

del Islam. De acuerdo con la visión tradicional, el derecho financiero islámico forma parte del derecho positivo de un determinado estado y su creación se enmarca dentro de un proceso más amplio de «islamización» del ordenamiento jurídico secular. Aunque este es el caso de algunos países, la visión tradicional del derecho financiero islámico no acierta a describir un segundo fenómeno surgido de la moderna práctica financiera y que podríamos denominar con cierta cautela «responsabilidad corporativa islámica». La noción de derecho financiero islámico entendido en este último sentido describe un compendio de buenas prácticas islámicas de adhesión voluntaria en materia de contratación bancaria, creadas y aplicadas al margen de los ordenamientos jurídicos seculares inspirados o no por la Sharía.

En el ámbito de las finanzas islámicas y, en particular, del esquema denominado *murabaha*, existen fundamentalmente dos modelos de cláusulas, dependiendo de si las partes optan por someter el contrato exclusivamente a la sharía o, como suele ser más habitual, se decantan por un modelo mixto de sumisión al ordenamiento jurídico de un estado —generalmente el Reino Unido o el estado de Nueva York— y a la sharía. En el primer supuesto la determinación de la ley aplicable no plantea muchos problemas. En el caso del arbitraje, el Reglamento Roma I parece admitir la sumisión de un contrato a los principios de la sharía, siempre que la jurisdicción competente sea una corte de arbitraje cuyos estatutos reconozcan la elección de un derecho no estatal como ley aplicable al contrato. En el caso de que la jurisdicción aplicable sea un tribunal estatal, la lectura conjunta del artículo 3(1) y del considerando (13) del Reglamento Roma I sugiere que las partes pueden incorporar a su contrato por referencia un derecho no estatal o un convenio internacional. De ahí que la cláusula de sumisión a la sharía no debiera ser válida conforme al Reglamento Roma I, si bien pudiera ser incorporada por referencia en tanto que derecho no estatal.

El caso de las cláusulas mixtas que contienen una doble remisión a la ley de un determinado estado y al derecho islámico es problemático dado que el artículo 3 del Reglamento Roma I dispone que las partes deben elegir «la» ley aplicable al contrato, de modo que no cabría someter el contrato a dos ordenamientos jurídicos distintos. No obstante, esta posición no contradice la intención habitual de las partes, que no buscan tanto someter el contrato a dos ordenamientos distintos, cuanto elegir como «ley aplicable» el ordenamiento jurídico de una jurisdicción de reconocido prestigio en el tráfico financiero —cuyos órganos jurisdiccionales declinarán previsiblemente todo pronunciamiento en materia religiosa— e introducir una declaración programática de conformidad del contrato con la sharía. A pesar de la prohibición de someter un contrato a dos ordenamientos distintos, el artículo 3 del Reglamento de Roma I reconoce el supuesto de *dépeçage*, según el cual las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad «o solo a una parte del contrato», esto es, las partes pueden someter distintas partes del contrato a diferentes ordenamientos. Si bien la *murabaha* presenta relaciones jurídicas claramente diferenciadas, las partes suelen optar por una cláusula de sumisión unitaria para todo el contrato, sea en sus modalidades simple o mixta antes mencionadas.

Dentro de los límites de las leyes de policía referidos en el artículo 9 del Reglamento Roma I, la incorporación por referencia de la sharía a un contrato tendría la virtualidad de derogar todas aquellas normas dispositivas del ordenamiento jurídico aplicable al contrato que fueran incompatibles con los preceptos islámicos. Comparado con el artículo 7 del Convenio de Roma, el artículo 9 del Reglamento Roma I reduce sensiblemente los supuestos de «leyes de policía»

que permiten a un juez declarar inaplicable una norma de conflicto contenida en el reglamento. En el caso de la *sharía*, no parece que el catálogo de principios islámicos esenciales —prohibiciones de interés, especulación, incertidumbre e inversión en actividades prohibidas y mandatos de distribución del riesgo y de activos tangibles subyacentes—, sea necesariamente incompatible con las leyes de policía ni las disposiciones imperativas de los estados de la Unión Europea.

En defecto de elección o de cláusula válida de ley aplicable, dispone el artículo 4(2) del Reglamento Roma I que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de la *murabaha* no resulta sencillo determinar la prestación característica del contrato, dado que nos encontramos ante tres relaciones jurídicas distintas ligadas por una función económica común como es la financiación a través de un préstamo o crédito, generalmente de corto o medio plazo. Bajo el artículo 4(2) del Reglamento Roma I se plantean dos cuestiones estrechamente conectadas: (i) de un lado, si el esquema de *murabaha* en su conjunto debe quedar sometido a una única ley aplicable o si, por el contrario, las relaciones jurídicas que lo integran pueden quedar sometidas a distintas leyes aplicables; y (ii) si la prestación característica del contrato debe ser definida atendiendo a la entrega del activo que es objeto de los dos contratos de compraventa o bien atendiendo a la función económica de financiación a la que obedece la *murabaha* en su conjunto.

En relación con la primera cuestión, en el caso de la sumisión unitaria a una sola ley aplicable, la ley aplicable puede ser distinta dependiendo si se considera como prestación característica del contrato la concesión de la financiación o las entregas del activo bajo los dos contratos de compraventa. En relación con la segunda cuestión, la sumisión de diferentes partes de la *murabaha* a distintas leyes aplicables parecería, a priori, más acorde a su naturaleza, en la medida que incorpora elementos tanto de una adquisición de activo como de una financiación, pero lo cierto es que no encaja bien ni en la simple compraventa ni en el mero contrato de préstamo o crédito. La separación de leyes aplicables a la *murabaha* tendría la virtualidad de ofrecer remedios jurídicos diferenciados en los escenarios de disputa habituales que son relevantes desde el punto de vista del conflicto de normas. Aunque el artículo 3(1) del Reglamento de Roma I admite la posibilidad de que las partes sometan el contrato a distintas leyes aplicables, el artículo 4 elimina toda referencia a la pluralidad de leyes aplicables a un contrato a falta de elección de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- AL-AWANI, T. J. y EL-ENSARY, W. (1999). Linking Ethics and Economics: The Role of Ijtihad in the Regulation and Correction of Capital Markets, Proceedings of the Second Harvard University Forum on Islamic Finance: Islamic Finance into the 21st Century, Cambridge, Massachusetts, Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, pp. 99-126.
- AL-ZAHAYLI, W. (2003). Financial Transactions in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Fikr.
- AMERELLER, F. (1995). Hintergründe des «Islamic Banking». Rechtliche Problematik des riba-Verbotes in der Shari'a und seine Auswirkungen auf einzelne Rechtsordnungen arabischer Staaten, Berlín: Duncker & Humblot.
- ANCA, C. DE (2014). Finanzas islámicas: ¿Cuál es el interés para Europa?, Observatorio de Divulgación Financiera, núm. 14.

- ANDERSON, N. (1976). *Law Reform in the Muslim World*, Londres: Athlone Press.
- ANSARI, Z. I. (2004). Islamic juristic terminology before Shaf'i: A semantic analysis with special reference to the Kufa, en HALLAQ, W. B., *The Formation of Islamic Law*, Londres: Variorum.
- ASHRAF, U. K. y ABDEL, K. H. (2006). The influence of Quran and Islamic financial transactions and banking, *Arab Law Quarterly*, vol. 20, núm. 3, pp. 321-331.
- BÄLZ, K. (2004). A *murabaha* transaction in an English court. The London High Court of 13th February 2002 in *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.*, *Islamic Law and Society*, núm. 11.
- (2001). Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. *Universalist Lex Mercatoria vs. Regional Unification of Law*, *Uniform Law Review*, vol. 6, núm. 1, pp. 37-49.
- (2008). *Shari'ah Risk? How Islamic Finance has Transformed Islamic Contract Law*, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, Occasional Publications 9, pp. 1-37.
- BECK, U. (2000). *What is globalization?*, Cambridge: UK Polity Press.
- BIANCHI, R. R. (2007). The Revolution in Islamic Finance, *Chicago Journal of International Law*, vol. 7 núm. 2, pp. 569-580.
- CANALEJO LASARTE, G. y CABELLOS BALLEÑILLA, A. (2009). Apuntes sobre los contratos «islámicos» de financiación desde la perspectiva del derecho español, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 23, pp. 21-44.
- COMAIR-OBAID, N. (1995), *Les contrats en droit musulman des affaires*, París: Economica.
- COULSON, N. J. (1964), *A history of Islamic Law*, Edimburgo: Edinburgh University Press, pp. 149 y sigs.
- CHUAH, J. C. T. (2006). Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the *Morabaha* in English Law, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 27, núm. 1 Fall, pp. 137-170.
- DECOCK, W. (2013). In *Defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus*, Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, no. 2012-04, disponible en SSRN [En línea] 2162908.
- DEWAR, J. y HUSSAIN, M. M. (2011). *Islamic Project Finance*. En: DEWAR, J. (coord.), *International Project Finance. Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press.
- DUPRET, B. (2015). *La Sharía. Orígenes, desarrollos y usos contemporáneos*, Barcelona: Bellaterra.
- EL GAMAL, M. A. (2003). Interest and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance, *Fordham International Law Journal*, núm. 108, pp. 108-149.
- (2008). *Islamic Finance: Law, Economics and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2014). *Exploitative Profit Sharing: On the incoherence of all contract-based approaches to «Islamic finance»* (29 de enero de 2014), <http://elgamal.blogspot.com.es/> [En línea] (último acceso 12 de junio de 2015).
- ELASRAG, H. (2010). *Principals of the Islamic Finance: A focus on Project Finance*, disponible en SSRN [En línea] 1806305.
- FADL, M. H. (2007). *Riba, Efficiency and Prudential Regulation*, a presentation at the symposium *Islamic Law in a Globalized World: Implications for Contemporary Islamic Finance*, University of Wisconsin, March 2, 2007, Twenty-Fifth Anniversary of the University of Wisconsin International Law Journal.

- FOSTER, N. H. D. (2007). Islamic Finance as an emergent legal system, *Arab Law Quarterly*, vol. 21, núm. 2, pp. 170-188.
- FLEET, K., KRÄMER, G., MATRINGE, D., NAWAS, J. y ROWSON, E., *The Encyclopaedia of Islam*, 3.^a ed. [En línea] <http://referenceworks.brillonline.com/browse/encyclopaedia-of-islam-3>.
- GARCÍA HERRERO, A., MORENO, C., y SOLÉ, J. (2008). Finanzas Islámicas, Estabilidad Financiera, Banco de España, núm. 15, pp. 121-141.
- GARCÍA MIRANDA, C. M. (1998). La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, pp. 287-298.
- HAMOUDI, H. A. (2011). Present at the resurrection: Islamic Finance and Islamic Law, *American University International Law Review*, vol. 26, núm. 4, pp. 1107-1123.
- HAMOUDI, H. A. (2010). The death of Islamic Law, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 38, núm. 293, pp. 295-297.
- HEGAZY, W. (2005). Fatwas and the Fate of Islamic Finance: A Critique of the Practice of Fatwa in Contemporary Islamic Financial Markets, en: ALI, Islamic Finance, Current Legal and Regulatory Issues, pp. 132-146.
- HOURLANI, A. (1983). *Arabic thought in the liberal age 1798-1939*, Cambridge: Cambridge University Press.
- JUNIUS, A. (2007). Islamic Finance: Issues surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles, *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, pp. 537-550.
- KESSLER RODRÍGUEZ, A. (2012). Finanzas islámicas: Una oportunidad para España, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3022.
- KHADDURI, M. / LIEBESNY, H.J. (2010), *Law in the Middle East*, Washington D. C.
- KHALED, A. E. F. (2005). *The Great Theft: Wrestling Islam from the Extremists*, Harper Collins.
- KHNIFER, M. (2010). Maslahah and the Permissibility of Organized Tawarruq, *Opalesque Islamic Finance Intelligence*, núm. 8.
- KNÜTEL, R. (1994). Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 244-276.
- KRAWIETZ, B. (2002). Cut and Paste in Legal Rules: Designing Islamic Norms with Talfiq, *Welt des Islams*, pp. 3-40.
- KROPHOLLER, J. (1997). *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Tubinga.
- KRÜGER, H. (1997). Überblick über das Zivilrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises, *Recht van de Islam*, 14, pp. 67-131.
- LAMA, A.-O. (2004). The politics of (mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia, *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, núm. 789, pp. 791-792.
- LARAMÉE, J. P. (coord.) (2008). La finance islamique a la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, *Les Cahiers de la Finance Islamique*, núm. 2.
- LEE, K. H., y SON, S. H. (2013). Trends of Islamic Project Finance: A study on the GCC Region, *World Economy Update*, vol. 3, núm. 24.
- MALLAT, C. (1988). The debate on riba and interest in twentieth century jurisprudence, en MALLAT, C. (coord.), *Islamic Law and Finance*, Londres: Graham & Trotman.
- MCMILLEN, M. J. T. (2009). Shari'ah-compliant Project Finance: A structural overview, disponible en SSRN [En línea] 2275530.

- Trends in Islamic Project and Infrastructure Finance in the Middle East: Re-Emergence of the *Murabaha* (2011), disponible en SSRN [En línea] 1753252.
- NIENHAUS, V. (1996). Islamische Ökonomik in der Praxis: Zinslose Banken und islamische Wirtschaftspolitik, en: ENDE, W., STEINBACH, U., y KRÜGER, G., *Der Islam in der Gegenwart*, 4.^a ed., Múnich: C. H. Beck.
- PARK, T. J. (2012). Recession in the Global Project Finance Market, Capital Market Weekly, Korea Capital Market Institute.
- POWER, C. (2009). Faith in the market, *Foreign Policy*, núm. 170, pp. 70-75.
- RILOBA, F. (1986). Gramática árabe-española, 3.^a ed., EDI-6, S.A.
- SALEH, N. (1992). Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law. Riba, gharar and Islamic banking, 2.^a ed. Londres/Dordrecht/Boston: Graham & Trotman.
- SCHACHT, J. (2010). The Schools of Law and later developments in jurisprudence, en: KHADDURI, M., y LIEBESNY, H. J., *Law in the Middle East*, pp. 57-84.
- SHAIKH MS, S.A. (2009). Corporate Finance in an interest free economy: An alternate approach to practiced Islamic Corporate Finance, disponible en SSRN [En línea] 1527310.
- SOLANO SANTOS, L. F. (2006). Fundamentación lógico-formal de la responsabilidad social corporativa, tesis disponible en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/inf/ucm-t29376.pdf>.
- VV.AA. (2014). *The Islamic Finance Handbook: A Practitioner's Guide to the Global Markets*, Kuala Lumpur: Wiley.
- WARDE, I. (2000). *Islamic finance in the Global Economy*, Edimburgo: Edinburgh University Press.
- WEISS, B. G., *The Spirit of Islamic Law*, Atlanta: University of Georgia Press.
- WICHARD, J. H. (1995). *Zwischen Markt und Moschee. Wirtschaftliche Bedürfnisse und wirtschaftliche Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Paderborn/Múnich/Viena/Zúrich: Ferdinand Schöningh.

NOTAS

¹ Aunque las finanzas islámicas son tan antiguas como el Islam, la industria financiera islámica moderna nace en Malasia en los años 50 del s. XX y empieza a generalizarse en Egipto a partir del año 1963 con la creación de la primera cooperativa de microcréditos denominada *Mit Ghamr*. En sus inicios, la actividad financiera islámica es muy básica debido en parte al subdesarrollo económico de la región, la utilización de modelos contractuales cerrados y arcaicos, la falta de expertos en la materia y la utilización exclusiva del árabe como lengua de contrato. La constitución en 1973 del *Nasser Social Bank* en Egipto representa la primera experiencia de banca comercial islámica a mayor escala. Entre los años 70 y 90 el derecho financiero islámico atraviesa profundos cambios relacionados con el desarrollo económico derivado de la exportación de petróleo en las monarquías del Golfo Pérsico, el Panislamismo y una nueva sensibilidad hacia el Islam. En este periodo surgen los primeros grandes bancos islámicos, algunos —aunque pocos— bancos occidentales crean un área de financiación islámica, las escuelas de pensamiento suníes realizan un esfuerzo por consensuar ciertas posiciones doctrinales (*iyma*) en materia financiera, se constituyen las primeras agencias de expertos islámicos (*Sharia boards*), los documentos contractuales empiezan a redactarse también en inglés, se abandonan progresivamente los modelos contractuales cerrados y se crean la AAOIFI y la IFSB. La aprobación en 1998 de la *Dow Jones Islamic Indexes Fatwa* supone un revulsivo para los mercados de capitales islámicos, dado que por primera vez se admite la noción de «impureza tolerable» de ciertas operaciones financieras siempre que estén sujetas a mecanismos de «depuración» consistentes en donaciones de escasa entidad para fines caritativos. Hasta los años 90, las principales áreas de práctica se centran en el sector inmobiliario y el capital riesgo. Con el tiempo la

actividad financiera islámica deviene cada vez más compleja tanto desde el punto de vista contractual como de cuestiones evaluables bajo la sharía. En los años 90 y principios de los 2000, los fondos de inversión acogidos a estructuras fiscales eficientes se convierten en el principal sector de negocio, especialmente los fondos de inversión inmobiliarios. La emisión de letras del tesoro en forma de *sukuk* acordada en 2002 por el gobierno de Malasia representa otro gran hito en el desarrollo de las finanzas islámicas. A partir de 2004 algunos grandes bancos internacionales como Citibank, HSBC, RBS, UBS, Goldman Sachs o Deutsche Bank crean o amplían sus prácticas de *Islamic Finance*, centradas principalmente en fondos de inversión, mercados de capitales y titulizaciones, si bien algunas operaciones son objeto de controversia por parte de los expertos islámicos. Véase GARCÍA HERRERO, A., MORENO, C. y SOLÉ, J. (2008), «Finanzas Islámicas», *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 15, pp. 121-141.

² El término «derecho financiero islámico» no está ausente de controversia. La mayoría de los autores convienen, sin embargo, que existen modalidades contractuales suficientemente perfiladas que permiten hablar de un «derecho financiero islámico» y no solo de una concepción islámica de la financiación.

³ Nuestro análisis se ciñe a aquellas operaciones de financiación que guarden relación con al menos una parte contractual con «residencia habitual» en un Estado miembro de la Unión Europea.

⁴ En la medida de lo posible, este trabajo trata de respetar las transcripciones del árabe al español propuestas en RILOBA, F. (1986), *Gramática árabe-española*, 3.ª ed., EDI-6, S.A.

⁵ Algunos autores definen la «economía islámica» como una economía de mercado sujeta a los preceptos del Islam. Como es también habitual en los ordenamientos privados occidentales, en materia de contratación la sharía establece el principio de autonomía privada de la voluntad, de modo que se presume permitido (*halal*) todo lo que no esté expresamente prohibido (*haram*). A pesar de que la sharía recoge gran número de normas teóricamente aplicables al tráfico financiero, en la actualidad existe cierto consenso en que el derecho financiero islámico debe pivotar —una vez aplicado el «filtro de modernidad»— sobre cinco principios, tres negativos y dos positivos, extraídos de las cuatro escuelas jurídicas suníes. De acuerdo con la clasificación comúnmente aceptada, los tres principios negativos son la prohibición de *riba* (exceso o incremento), la prohibición de *garar* y *maysir* (incertidumbre y especulación) y la prohibición de invertir en determinados productos o actividades *haram*. Los dos principios positivos establecen la obligación de repartir pérdidas y ganancias entre las partes contractuales y la obligación de que todo negocio guarde relación con un activo subyacente tangible. La prohibición de *riba* está expresamente mencionada en varios pasajes del Corán y de la Sunna. La prohibición de *riba* constituye la clave de bóveda del derecho financiero islámico y es, quizá, el rasgo que más lo diferencia del derecho financiero convencional. En su acepción más amplia el término *riba* describe el valor añadido obtenido por una parte contractual sin contraprestación. En sentido estricto, comprende el exceso o incremento sobre el importe de un principal cifrado en dinero que se devenga por el mero transcurso del tiempo. De acuerdo con esta concepción y a diferencia de la financiación convencional en la que el prestamista obtiene un derecho al interés que es independiente de los resultados prósperos o adversos de la actividad financiada, el prestamista debe asumir el riesgo y ventura —las pérdidas y ganancias— del negocio en el que invierte sus fondos. Es importante señalar que para el derecho financiero islámico no existe una diferencia entre el préstamo usurario y el préstamo con interés. Ambos préstamos se encuentran en el ámbito de aplicación de la prohibición, siendo el primero simplemente un préstamo con un interés más elevado. No obstante, en los últimos años se ha venido imponiendo en la doctrina la idea de que la prohibición de *riba* debe ceñirse exclusivamente a la fijación de un interés fijo (*fa'ida*). La importancia de la prohibición de *riba* no estriba tanto en su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos seculares —que suele ser poco frecuente—, sino en su caracterización como principio religioso que informa los «códigos de buenas prácticas islámicas» aprobados por ciertas autoridades regulatorias. Finalmente, si bien la *riba* no está necesariamente vinculada al dinero como activo subyacente, conviene destacar que el dinero carece, además, de valor intrínseco y cualesquiera ganancias generadas sobre el dinero están prohibidas por la sharía. Las prohibiciones de *garar* y de *maysir* están estrecha-

mente vinculadas y se refieren a la incertidumbre y a la especulación, respectivamente. Los presupuestos objetivos de la prohibición de *garar* exigen que la incertidumbre tenga cierta relevancia o entidad, no bastando la incertidumbre sobre aspectos nimios o desdenables; que se dé en negocios que conlleven prestaciones recíprocas; y que recaiga sobre un elemento esencial del negocio. De acuerdo con este principio, no son admisibles, por ejemplo, el seguro convencional y las opciones de compra y venta con beneficio desconocido. No obstante, la incertidumbre no debe confundirse con el riesgo de negocio, que sí es compatible con la sharía. La prohibición de *maysir* se ciñe a la obtención de beneficios mediante la suerte o especulación. De acuerdo con este precepto, los contratos de derivados que entrañan un fin especulativo son incompatibles con la sharía. En la práctica, la distinción entre especulación ilícita y riesgo empresarial legítimo puede ser difícil de trazar, especialmente en los casos de toma de participación en una sociedad con vistas a obtener un retorno en forma de dividendos. La prohibición de invertir en productos o actividades *haram* se refiere tradicionalmente a los juegos de azar, pornografía, carne de cerdo, alcohol e incluye por extensión, según algunos expertos islámicos, el tabaco, las armas de fuego, el cine y la música. En los últimos años es cada vez más frecuente que los expertos islámicos se pronuncien en contra de la inversión en actividades de seguros, de financiación convencional basada en tipos de interés y de intermediación financiera. La prohibición de invertir en productos o actividades *haram* se extiende asimismo a la inversión en inmuebles en los que pueda tener lugar el comercio sobre los mismos. En la práctica, dado el grado de diversificación e interconexión de las actividades empresariales, puede llegar a ser extraordinariamente difícil determinar en qué medida una empresa está involucrada en actividades *haram*. Los expertos islámicos han desarrollado técnicas de «tolerancia» y «depuración» de la inversión en productos y actividades *haram* basadas en el cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo que el negocio principal que es objeto de la inversión sea *halal*; que los beneficios obtenidos de actividades prohibidas representen un porcentaje comparativamente menor respecto del beneficio total obtenido —habitualmente entre el 5% y el 20%, dependiendo del criterio del experto islámico en cuestión—; o que el importe total de la deuda sujeta al pago de intereses no exceda un determinado porcentaje del valor de los activos o capitalización bursátil de la sociedad —habitualmente entre el 25% y el 35%—.

⁶ Véase como obra más representativa de este enfoque ANDERSON, N. (1976), *Law Reform in the Muslim World*, Londres: Athlone Press así como NIENHAUS, V. (1996), «Islamische Ökonomik in der Praxis: Zinslose Banken und islamische Wirtschaftspolitik», pp. 175-185 en ENDE, W., STEINBACH, U., y KRÜGER, G., *Der Islam in der Gegenwart*, 4.^a ed., Múnich: C. H. Beck; WARDE, I. (2000), *Islamic finance in the Global Economy*, Edimburgo: Edinburgh University Press, pp. 112-123.

⁷ En el contexto de las finanzas islámicas, los principios y normas extraídos de la sharía son aplicados como principios y normas de carácter ético y no tanto jurídico. Habitualmente, el contrato de financiación estará sometido al ordenamiento jurídico secular de un determinado estado, operando la adhesión a la sharía como una manifestación de conformidad verificable *ex ante* por un experto islámico con renuncia expresa de las partes de invocar una eventual falta de conformidad en la vía contenciosa. La adhesión a la sharía en responde al patrón habitual de la responsabilidad social corporativa, si entendemos por tal «el conjunto de obligaciones inherentes a la libre asunción de un estado o condición, aun no tipificado por el ordenamiento jurídico positivo, pero cuya fuerza vinculante y previa tipificación proceden de la íntima convicción social de que su incumplimiento supone la infracción de la norma de cultura», véase SOLANO SANTOS, L. F. (2006), *Fundamentación lógico-formal de la responsabilidad social corporativa*, p. 70, tesis disponible en [En línea] <http://biblioteca.ucm.es/tesis/inf/ucm-t29376.pdf>.

⁸ A la actividad de los expertos privados se une la tarea fundamental de bancos de inversión, compañías de auditores y despachos de abogados internacionales de crear modelos contractuales comúnmente aceptados en la práctica de mercado, como veremos más adelante.

⁹ BECK, U. (2000), *What is globalization?*, Cambridge: UK Polity Press.

¹⁰ Ahondando en la idea de la inutilidad de la teoría clásica del derecho comparado como paradigma metodológico aplicable a las finanzas islámicas, véase BÄLZ, K. (2008), «Sharia Risk: How Islamic Finance has transformed Islamic Contract Law», *Harvard Law*

School, Islamic Legal Studies Program, Occasional Publications 9, disponible en [En línea] <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> (último acceso 14/06/2015), p. 5: «The question of how the study of Islamic Law can be integrated into the broader framework of comparative law has yet to be resolved. Mainstream comparative legal scholarship is not genuinely interested in hosting Islamic law, for two reasons. First, following a certain tradition of European scholarship that can be traced back to Max Weber; Islamic law, labeled as a «religious law», is used as an antipode to «Western» legal development. The emphasis on the sacred nature of Islamic law and the —allegedly— peculiar way justice is dispensed (culminating in the catchphrase of «Kadi Justiz») only works if and to the extent the differences, and not the commonalities, between Western and Middle Eastern legal orders are emphasized. Second, comparative legal studies are dominated by the idea of functionalism, i.e. the search for a functional equivalent between normative appearances in different legal orders; this makes a comparison of European and Middle Eastern laws difficult, as the social, economic and political conditions are often quite dissimilar. I suggest that using a paradigm such as «transnational law», which is oriented towards a certain normative appearance as opposed to function, may help to overcome this deadlock».

¹¹ Como fenómeno global, las finanzas islámicas encajan mal con la teoría clásica del derecho comparado. La estandarización a través de prácticas jurídicas transnacionales parece ofrecer un mejor paradigma metodológico, si bien conviene hacer dos precisiones. De un lado, las operaciones de financiación islámicas suelen desarrollarse en jurisdicciones muy distintas entre sí, algunas de ellas muy poco sofisticadas, cuyos ordenamientos pueden ser de matriz *common law* —como Malasia— o continental —como los Emiratos Árabes Unidos—, lo que reduce sus posibilidades de uniformización. De otro lado, la interpretación de la sharía que hacen autoridades regulatorias y agencias de expertos islámicos varía mucho según la región. Así, por ejemplo, los operadores de Malasia, India o Indonesia tienden a ser bastante más «liberales» que sus equivalentes en el CCG o Paquistán. Estas diferencias han dado lugar al desarrollo de ciertas prácticas de mercado propias de Oriente Medio y del Sudeste Asiático, las cuales a su vez no representan la opinión unánime de todos los operadores que actúan en esos mercados. De ahí que, en el contexto de las finanzas islámicas entendidas como fenómeno global, no podamos, de momento, validar la teoría del derecho comparado según la cual las prácticas jurídicas transnacionales tienden inexorablemente a la uniformización y observemos, al contrario, cierta cristalización de diferencias regionales no exentas de polémica. Esta falta de uniformización posiblemente esté ligada al hecho de que autoridades regulatorias y agencias de expertos islámicos no aspiren a codificar verdaderas normas de contratación bancaria islámica, sino a formular principios que, en palabras de Dworkin, representan la «estructura profunda del derecho», situada en un plano distinto al de las normas, y que actúan como estándares *prima facie* que admiten varios resultados posibles en la medida en que sirven al operador jurídico para encontrar la norma más adecuada a cada supuesto. Sería más adecuado hablar, por tanto, de finanzas islámicas como conjunto de prácticas jurídicas regionales armonizables en el plano de los principios.

¹² Con frecuencia, el contrato de *murabaha* viene acompañado de un contrato de *mudaraba* entre la entidad financiera y un fondo islámico, en virtud del cual el fondo islámico encomienda a la entidad financiera la inversión de invertir ciertos fondos con arreglo a la sharía. En la combinación de *murabaha* y *mudaraba* es habitual pactar que, una vez que el cliente ha instruido al proveedor para que entregue el activo a la entidad financiera, el fondo islámico, en el momento en que la entidad financiera adquiere el activo, transfiera el importe del precio de compraventa a la cuenta que el cliente haya abierto en la entidad financiera, desde la que el cliente a su vez realiza el pago al proveedor.

¹³ Si bien a veces se admite la figura de la posesión mediata, lo cierto es que, dependiendo de los prestamistas y del grado de cumplimiento con la sharía exigido por el banco estructurador, existen supuestos en los que dichos bancos designan lugares físicos de su propiedad en los cuales se depositan los bienes objeto de la *murabaha* para demostrar la posesión inmediata del bien, no resultando suficiente la mediata. Véase CANALEJO LASARTE, G. y CABELLOS BALLEÑILLA, A. (2009), «Apuntes sobre los contratos «islámicos» de financiación desde la perspectiva del derecho español», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 23, p. 32, nota al pie 56.

¹⁴ En este caso «x» refleja el importe del precio de adquisición por el que la entidad financiera adquirió el activo del proveedor, incrementado en «y», que suele ser un margen vinculado al Libor o Euribor. El margen de beneficio que obtiene la entidad financiera se considera legítima dado que adquiere previamente el activo y con él el riesgo asociado a su propiedad antes de revenderlo al cliente.

¹⁵ Un ejemplo para ilustrar el funcionamiento de la *murabaha* podría ser el siguiente: Un concesionario catari contacta a un fabricante de automóviles con sede en Barcelona para adquirir una partida de automóviles. En lugar de adquirir directamente los automóviles, el concesionario designa a un banco de los Emiratos Árabes Unidos como agente para que negocie y formalice la compraventa de la partida de automóviles al fabricante. El banco paga el precio y adquiere la partida en el momento del embarque en el puerto de Barcelona, asumiendo todos los riesgos durante el trayecto hasta Catar. Una vez desembarcados en Catar, el banco vende al concesionario la partida por un precio que incluye un margen adicional con respecto al precio que pagó al fabricante.

¹⁶ Algunos autores consideran que el reconocimiento de un derecho de opción de compra a favor del cliente contiene un elemento de *garar* (incertidumbre) posiblemente contrario a la sharía. Véase AL-ZAHAYLI, W. (2003), *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, Dar Al-Fikr, pp. 99-100.

¹⁷ En contra de esta posición, véase JUNIUS, A. (2007), «Islamic Finance: Issues surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles», *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, p. 546.

¹⁸ En el arbitraje comercial internacional no es del todo desconocida la remisión a ordenamientos jurídicos históricos, en particular, al derecho romano, que parece seguir gozando de una salud de hierro. Acerca del derecho romano como ley aplicable al contrato, véase KNÜTEL, R. (1994), «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 244-276.

¹⁹ Si bien la elección de derecho no estatal podía ser válida en el plano sustantivo, véase «kollisionsrechtliche Verweisung vs. materiellrechtliche Verweisung» en KROPHOLLER, J. (1997), *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Tubinga, pp. 268-269.

²⁰ Véase la cláusula de sumisión del caso *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* citado *supra*: «Subject to the principles of the glorious Shari'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England».

²¹ El caso más cercano sería la derogación de las normas en materia de intereses moratorios por incompatibilidad con la prohibición de *riba*.

²² *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.*, 28th January 2004, Arbitration, Practice & Procedure Law Reports, CA on appeal from QBD (Morison J) before Potter LJ; Laws LJ; Arden LJ. Aunque menos significativo porque la referencia a la sharía estaba contenida en un expositivo y el tribunal evitó el pronunciamiento sobre la sharía en sede de ley aplicable, véase también *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors*, 13th February 2002, 2001 Folio 1226 per Justice Tomlinson, 2002 West Law 346969, QBD (Comm Ct).

²³ Véase el resumen contenido en JUNIUS, A. (2007), «Islamic Finance: Issues surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles», *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, pp. 541-542: The English Court, by upholding the decisión of the London High Court, explicitly rejected Beximco's argument. The English judges found that the agreement was subject solely to English law, and that a review for legality under Islamic law was not appropriate. The English Court emphasized at the outset that it would be non-justiciable, and therefore impossible for contracts, to be subject to two different legal systems since the relevant Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations states that «[a] contract shall be governed by the law chosen by the parties». This needs to be read in conjunction with Article 1 of the Rome Convention, according to which the Rules of the Convention «shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries». This means that only the choice of a national legal system is a valid choice of law. The Rome Convention as a whole does not contemplate the choice of a non-state legal system such as Islamic law. In addition, the English Court characterized the principles of Shari'ah as representing a

socio-religious code of conduct, something different from, and at the same time more and less than, a classic state legal system. Islamic law, in the view of the English Court, was also insufficiently determinate since it is debated even among its own legal scholars, and on the whole inadequately codified. The English Court further found it highly improbable that the parties to the contract would wish for a secular English court to decide a legal dispute on the basis of Islamic law. This reasoning by the English Court upheld the lower court's observation that there was no compelling interest to examine religious questions, since the Shari'ah boards of the relevant parties had already done so and passed their judgment. Both the English Court and the London High Court thus reached the result that the contractual reference to Islamic law was nothing more than a non-binding statement of purpose by the bank to pursue Shari'ah compliant financing. The English Court concluded with the self-confident assertion that English law, distinguished internationally for its popularity and high quality, should not be diluted by religious principles. In doing so, the English court rejected the defense by noting that the commercial reality of the agreement was clear to both parties from the beginning, and this reality must be considered in interpreting the agreement. A loan transaction was hidden in *murabaha* clothing.

The English Court made it unmistakably clear that it would generally uphold agreements in which religious Islamic parties are participants so long as the agreements can be reconciled with English law. Furthermore, English courts will not take the place of the Shari'ah boards by reviewing a contract's consistency with Islamic law. The judgment takes care to secure substantial legal certainty for financial institutions. It thus shifts and reduces the particularities of Islamic finance to the preparation of the contract and the internal review of the relevant materials. This ultimately makes dependable legal advice necessary».

²⁴ Estas dos cuestiones están relacionadas, a su vez, con la pregunta de si en una operación compleja, compuesta de una pluralidad de relaciones jurídicas, debe identificarse un único contrato mayor sobre la base del cual se determine la ley aplicable al contrato; o bien admitir la noción de *dépeçage* en virtud de la cual la operación se desglosaría en varias partes componentes, potencialmente sometidas a diferentes leyes aplicables. Véase BÄLZ, K., «Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. Universalist Lex Mercatoria vs. Regional Unification of Law», *op. cit.*, p. 46.

²⁵ Véase el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

²⁶ Suponiendo que se cumplan los requisitos de los artículos 1 a 6.