



Roj: **STSJ PV 2972/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:2972**

Id Cendoj: **48020330012014100499**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2014**

Nº de Recurso: **106/2014**

Nº de Resolución: **572/2014**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 106/2014

SENTENCIA NÚMERO 572/2014

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En la Villa de Bilbao, a diecisiete de diciembre de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la sentencia número 297, dictada el 27-11-2013 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Dos de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 127/2013, en el que se impugna el incumplimiento por la UPV-EHU de la Ley de Banderas 39/1981.

Son parte:

- **APELANTE** : UPV-EHU, representada por el Procurador D. GERMÁN APALATEGUI CARASA y dirigida por el Letrado D. JAVIER DE LA TORRE ORTEGA.

- **APELADA** : ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la UPV-EHU recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se revoque y anule la de instancia.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente a D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 30-10-2014.



CUARTO.- Por providencia de 1-12-2014 y por los motivos en ella expuestos, se dejó sin efecto el anterior señalamiento y se designó nuevo Magistrado Ponente a D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

Por resolución de 9-12-2014 se señaló para votación y fallo el 11-12-2014, día en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos pendientes de dictar sentencia.

En ese acto el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ anunció la presentación de voto particular.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se ha presentado contra la sentencia dictada con fecha 27-11-2013 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Bilbao en el procedimiento ordinario 127/2013, que estimó el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la actuación de la Universidad del País Vasco de incumplimiento de la Ley 39/1981 de 28 de octubre y declaró la obligación de esa institución de "hacer ondear con carácter permanente la bandera de España en el exterior y en el lugar principal del interior de los edificios sede de la misma, junto con las demás banderas oficiales" y condenó a la demandada al pago de las costas.

La sentencia apelada considera a las Universidades públicas comprendidas en el artículo 3.1 de la Ley 39/1981 sobre el uso de la bandera de España y de otras enseñas porque según la mayor parte de la doctrina aquellas se hallan incluidas dentro de la denominada Administración institucional y, además, según los Estatutos de la UPV, aprobados por Decreto 17/2011 de 15 de Febrero aquella es una institución de Derecho público que en su calidad de Administración Pública y dentro de la esfera de sus competencias ostenta las prerrogativas y potestades propias de esa calificación (artículos 1 y 5-4).

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por la Universidad del País Vasco contra la sentencia reseñada en el anterior se funda en la vulneración del artículo 3-1 de la Ley 39/1981 porque las Universidades públicas no constituyen Administración institucional, esto es, un organismo o entidad creado para la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado o bajo la dependencia de esta, según la definición del artículo 2.3 de la Ley 6/1997 de organización y funcionamiento de dicha Administración o la clasificación del artículo 7.3 del texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la Hacienda general del País Vasco, aprobado por Decreto Legislativo 1/1997 de 11 de noviembre, a la que se añade la definición de organismos autónomos del artículo 9 de esa norma como entes institucionales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de naturaleza pública, cuyo objetivo es la realización, en régimen de descentralización, de actividades propias de su competencia, regidas por el Derecho público.

Además, según la apelante el significado de la bandera está vinculado a los valores constitucionales señalados por el artículo 1 de la Ley 39/1981, en particular, a la soberanía, cuyas funciones ejercen las Administraciones territoriales e institucionales y no las universidades.

La apelada, Administración del Estado se ha opuesto a la estimación del recurso de apelación porque las Universidades Públicas son Administración pública, cualidad que el artículo 5.4 de los Estatutos de la UPV reconoce a esa Universidad y así son titulares de bienes de dominio público y están sujetas en materia de contratación, personal, entre otras, al Derecho Administrativo; y de esa consideración se infiere la de Administración institucional por exclusión de los otros dos grupos (Administración territorial y corporativa) en que han sido clasificadas las Administraciones públicas.

Asimismo, según la apelada la obligación de colocar la bandera no está vinculada directamente con el ejercicio de la soberanía nacional sino con el mandato del artículo 3.1 de la Ley 39/1981, al que están sometidas las instituciones públicas, y al cumplimiento de ese deber no es óbice la autonomía de que gozan las universidades.

TERCERO.- El concepto de institución pública no es sinónimo en el Derecho Administrativo del concepto de Administración institucional. Y así es que hay instituciones públicas que no son Administración institucional aunque algunos sino todos los entes de esa Administración puedan ser calificados de instituciones públicas, aun sean otras, organismos públicos, autónomos o entes institucionales las denominaciones utilizadas por el legislador para designar a todos o alguno de los integrantes de la Administración institucional (artículos 1, 2-3, 41 y siguientes de la Ley 6/ 1997 - LOFAGE- y 7-3 a de la Ley de principios ordenadores de la Hacienda general del País Vasco; texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1997).

Por lo tanto, la definición de la Universidad del País Vasco como institución de Derecho Público (artículo 3.1 de la Ley Orgánica 6/2001 de universidades; artículo 1 de los Estatutos de la UPV aprobados por Decreto



17/2011) no es razón de su calificación como Administración institucional a no ser que participe de las notas características de esta segunda categoría; en caso contrario, lo que se presenta como un concepto unitario (el de Administración institucional) no sería sino la amalgama de elementos pertenecientes a proposiciones normativas que no son necesariamente convergentes.

El artículo 3-1 de la Ley 39/1981 determina su ámbito de aplicación en los siguientes términos: "La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado".

Pues bien, delimitado en esos términos el ámbito de aplicación de la precitada Ley hay que dilucidar -hete ahí la cuestión discutida- si la Universidad del País Vasco constituye o no una Administración institucional, pues está fuera de discusión que aquella institución no es Administración territorial, y a tal conclusión ha de llegarse por inclusión, conforme a la regla "inclusius unius, exclusius alterius" y no por exclusión, pues la delimitación del ámbito de aplicación de la norma se ha hecho en términos positivos y no negativos.

En otros términos: las Administraciones públicas, mejor dicho, los edificios o establecimientos de las Administraciones públicas no incluidas en el artículo 3-1 de la Ley 39/1981 son los que están excluidos de la misma y no al revés, de suerte que la subsunción de la UPV en la categoría de Administración institucional no puede hacerse por exclusión de otras categorías o clases de Administración pública sino porque la UPV participe de las notas que tipifican a la Administración institucional. Y por esa misma razón era necesario que la recurrente acreditase la inclusión de la UPV en la categoría normativa de referencia para que prosperase su recurso y no que la demandada acreditase su calificación con arreglo a categoría distinta a las de la Administración territorial o institucional para que el recurso fuese desestimado.

CUARTO.- La sentencia de instancia dice, en primer lugar, que las Universidades públicas son Administración institucional porque así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina (no se cita) y además, porque los Estatutos de la UPV la definen como una Institución de Derecho Público (artículo 1) y reconocen su calidad de Administración pública con las prerrogativas y potestades propias de ella (art. 5.4) y de esas consideraciones extrae como conclusión final la del carácter de Administración que ostenta la demandada y su inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley 39/1981 .

Pero la cuestión controvertida no es que las Universidades públicas sean o tengan la consideración de Administración Pública sino que puedan clasificarse como Administración institucional, pues solo en este segundo caso, fuera de discusión que no son Administración territorial, puede admitirse la inclusión de la UPV en el artículo 3-1 de la Ley sobre el uso de la bandera de España y de otras enseñas.

Ese precepto -huelga decirlo- no se refiere a todas las Administraciones públicas, con lo cual el que consideremos que esa es la naturaleza de la Universidad demandada no nos conduce a ninguna conclusión sobre la aplicación de la norma en cuestión a la UPV.

No es menor la simplificación o confusión que comporta la reducción de las categorías de Administración pública a las de Administración territorial, institucional o corporativa, de cuya clasificación la apelada infiere por exclusión el carácter institucional de las Universidades Públicas. Y no como es de rigor, por inclusión de la demandada en esa categoría.

Con arreglo al mismo planteamiento llegaríamos a la conclusión, puestos a descartar o descartada la clasificación de la Universidad pública como Administración institucional, de que la UPV constituye una Administración corporativa o territorial, aun sin examinar la concurrencia de las notas definitorias de esas dos categorías.

Además, la clasificación de las Administraciones públicas no se agota en las categorías de territorial, institucional y corporativa, al menos desde la aparición y desarrollo del fenómeno de las llamadas Administraciones independientes, categoría consagrada por la LOFAGE (disposición adicional décima) y por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo, 3ª, de 24 de mayo de 2005; rec. 2272/2000) y que incluso con anterioridad el mismo Tribunal Supremo había aplicado a las Universidades atendiendo a su régimen de autonomía (sentencia 3502/1988 de 10 de mayo).

Por su parte, la primera de las sentencias del Tribunal Supremo que se acaban de citar descartó la calificación de las Universidades como organismos autónomos, por no concurrir en ellas las notas de instrumentalidad y accidentabilidad propias de esos entes, dando así la razón a la defensa de la Administración General del Estado que había sostenido ya no la improcedencia de calificar a las Universidades como organismos autónomos de carácter administrativo sino la asimilación a ese concepto, en términos tan tajantes como didácticos: " es suficiente con la lectura de cualquier manual de Derecho Administrativo y aun de las "Leyes Administrativas"....; "...aunque solo sea, primero, porque descartado que la Constitución sea una "coyuntura", evidente es que



su autonomía no obedece a razones coyunturales; segundo, porque carecen de carácter instrumental y, tercero, porque su existencia no es "prescindible" al ser inimaginable la hipótesis de intercambiabilidad entre Universidades y órganos administrativos integrados ya en la Administración del Estado, ya en la autonómica para el cumplimiento de los fines de aquéllas".

Recuerda la misma sentencia del Alto Tribunal que el proyecto de Ley de autonomía universitaria redactado en 1978 calificaba a las universidades como organismos públicos, pero la Ley Orgánica 11/1983 de reforma universitaria prescindió de aquella calificación, tampoco utilizada por la Ley Orgánica 6/2001 de universidades.

Desde luego, el reconocimiento de la autonomía universitaria que deriva del propio texto constitucional (artículo 20-10) y su plasmación en las precitadas leyes no se compadece con la instrumentalidad y dependencia características de los organismos públicos integrados en la Administración institucional, conforme a su regulación en la Ley 6/1997 de 14 de abril (LOFAGE) y tampoco la sentencia de instancia, con todas sus vaguedades, y la Administración demandada, con sus más elocuentes silencios, han dicho lo contrario.

Antes bien, la LOFAGE no es de aplicación tan siquiera supletoria a las Universidades Públicas, a excepción de las no transferidas (disposición adicional 10ª-1), estas son, la UNED y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, y solo a esta última le es de aplicación la normativa propia de los organismos autónomos a que se refiere el artículo 43.1 a) de la Ley 6/1997 de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, además de la Ley Orgánica 6/2001 en lo que resulte aplicable y sus propios estatutos, de conformidad con la disposición adicional 3ª-4 de esa Ley Orgánica, y es que la autonomía de esa Universidad Internacional se enmarca en su régimen legal específico tal como proclama el apartado 3 de la misma disposición adicional.

Por lo tanto, el encuadramiento "a fortiori" de la UPV en la categoría de la Administración institucional, o sea, por exclusión de otras categorías y con inversión de la regla "inclusus unius, exclusus alterius" no puede aceptarse sin incurrir en dos infracciones; una, en la aplicación del régimen jurídico de la Administración institucional a entidades sujetas a un régimen diferente; otra, en la aplicación de la doctrina legal citada, asentada en el fundamento constitucional y configuración del régimen jurídico de las Universidades.

QUINTO.- El legislador utiliza unas u otras categorías o figuras, en lo que hace al caso del Derecho Público o Administrativo, en función de la mayor o menor amplitud del ámbito de aplicación de la norma de cuya delimitación se trate.

Así, los artículos 2-2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas ; 2 de la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas y 1º-2 de la Ley Jurisdiccional utilizan conceptos más amplios que los de Administración institucional, a saber, el de entidades de Derecho público, vinculadas o dependientes de cualquier Administración Pública, las dos primeras, y de entidades de Derecho Público, dependientes o vinculadas al Estado, las Comunidades autónomas o a las Entidades locales, la tercera para comprender en sus respectivos ámbitos a entidades, como las Universidades, que no se incardinan en el concepto de Administración institucional.

En términos aun más genéricos, el artículo 8º-3 de la LJCA : organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho Público.

En otros sectores del ordenamiento las Universidades son llamadas por su propio nombre y no por referencia a categorías genéricas: artículo 2-1 del Estatuto básico del empleado público; artículo 3-2-c) del texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en el mismo grupo que con la consideración de Administración pública comprende con mención separada- letra b)- a los organismos autónomos) y en las Leyes generales de presupuestos del Estado (no en los artículos 2º y 3º de la Ley 47/2003 que delimitan el concepto de sector público) a efectos de su aplicación (p.e. régimen de retribuciones del personal) a las Universidades (p.e. artículo 22.Uno de la Ley 2/2012 de 29 de junio).

El artículo 3-1 de la Ley 39/ 1981 , en cambio, no hace una delimitación pareja a la de las normas que se acaban de reseñar mediante categorías genéricas "ad usum" que comprendan a las Universidades públicas o ad nominem, empezando porque no se refiere a los edificios o establecimientos de todas las Administraciones públicas (excepto, la corporativa) o pertenecientes al Estado, Comunidades Autónomas o Entidades Locales, concepto aun más amplio que el anterior, ya que alude a los distintos niveles de la organización territorial y no a su personificación en determinadas formas; y solo en el supuesto de que el ámbito de aplicación de dicho precepto se hiciere en esos términos o con arreglo a tales fórmulas podríamos dar la razón a la recurrente, ahora apelada, sobre la extensión de aquella disposición a la UPV, teniendo en cuenta que la Universidad es o tiene la consideración de Administración pública; sui generis, si se quiere.

Más aun, y así lo ha señalado la parte apelada, la Universidad pública en cuanto Administración Pública es titular de los bienes de dominio público afectos al cumplimiento de sus fines, sin perjuicio de los adscriptos



por las Administraciones públicas con el mismo objeto (artículo 80- 1 y 2 de la Ley Orgánica 6/2001) con lo cual los edificios y establecimientos en que se desarrollan sus funciones no son o pueden considerarse de las Administraciones territoriales o institucionales sino que, a los efectos discutidos, son edificios y establecimientos de una institución, la Universidad, cuya naturaleza no es la de Administración institucional.

SEXTO.- El artículo 1º de la Ley 39/1981 expresa el significado de la bandera de España en los siguientes términos: "...simboliza la nación, es signo de soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución".

Por su parte, el artículo 1-1 de la Ley Orgánica 6/2001 dice: "La Universidad realiza el servicio público de la educación superior, mediante la investigación, la docencia y el estudio". Y en el apartado 2 del mismo precepto se enumeran las funciones de la Universidad al servicio de la sociedad.

Así, la Universidad no comporta el ejercicio directamente o por delegación de las funciones o poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) inherentes a la soberanía de la nación, y tampoco sus funciones representan, de suyo, los principios y valores simbolizados por la bandera, lo cual no quiere decir que sean ajenas a ellos.

En cualquier caso, la interpretación teleológica de la norma no puede desbordar los cauces marcados por el sentido de los términos empleados por la Ley 39/1981 en su artículo 3-1 para delimitar su ámbito de aplicación, propios de un concepto jurídico determinado (Administración institucional), más tratándose de una norma preceptiva o imperativa, y de los cuales ha de inferirse, guiados también por dicha pauta de interpretación, su verdadero significado o alcance. Y así es que la interpretación de la recurrente, mal que bien amparada por la sentencia de instancia, no se aviene con la aplicación legal y doctrinal del concepto de Administración institucional a las Universidades públicas, más allá del hecho de que en los más de treinta años de vigencia de la Ley 39/1981 no se hubiera suscitado ante este orden jurisdiccional, al menos ante esta Sala, cuestión igual a la planteada en este contencioso.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de apelación comporta dos efectos -ex lege- respecto a las costas: (la revocación del pronunciamiento de instancia y el que tampoco haya que imponer a la apelante las causadas a la contraria en esta segunda instancia (artículo 139- 1 y 2 LJCA)) la imposición de las costas de la primera instancia a la recurrente, y a ninguna de las partes las causadas en la segunda (artículo 139.1 y 2 LJCA).:

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación presentado por la UPV-EHU contra la sentencia número 297, dictada con fecha 27-11-2013 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Bilbao en el procedimiento ordinario 127/2013, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en consecuencia, desestimamos el recurso contencioso interpuesto por la Administración del Estado contra la actuación de la UPV-EHU de incumplimientos de la Ley 39/1981, e imponemos a la recurrente las costas de la primera instancia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

que en el Recurso de Apelación número 106/2014 emite el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

PRIMERO.- La cuestión esencial consiste en determinar si la Universidad del País Vasco se encuentra entre las personas jurídicas a quienes la Ley 39-1981 por la que se regula el uso de la bandera de España y otras banderas y enseñas les recuerda que han de ostentar la primera, de forma honrosa, en sus instalaciones representativas como símbolo supremo que es de la nación a la que pertenecen, organización estatal en la que se integran y de los valores sobre los que una y otra se asientan y promueven (la soberanía nacional, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político).

Y decimos que se lo recuerda y no nace con la propia Ley porque tal obligación, para sus destinatarios, estaría antes que en la Ley inserta naturalmente en la propia razón de ser de los mismos -sus destinatarios- en tanto que estructuras integrantes de una organización social creada para reconocer y promover aquellos principios y valores desde la unidad y lealtad.

Se trata, por lo tanto, de elucidar si la Universidad debe considerarse como un elemento más de dicha estructura social.



Mi opinión es que sí por los motivos que paso a desarrollar previa transcripción de los artículos de la Ley cuya evocación considero esencial.

"artículo primero

La bandera de España simboliza la nación, es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución.

...

artículo tercero

Uno. La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, *institucional*, autonómica provincial o insular y municipal del Estado.

Dos. La bandera de España será la única que ondee y se exhiba en las sedes de los órganos constitucionales del Estado y en la de los órganos centrales de la Administración del Estado.

Tres. La bandera de España será la única que ondee en el asta de los edificios públicos militares y en los acuartelamientos, buques, aeronaves y cualesquiera otros establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Cuatro. La bandera de España, así como el escudo de España, se colocará en los locales de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, en las residencias de sus Jefes y, en su caso, en sus medios de transporte oficial.

Cinco. La bandera de España se enarbolará como pabellón en los buques embarcaciones y artefactos flotantes españoles, cualquiera que sea su tipo, clase o actividad, con arreglo a lo que establezcan las disposiciones y usos que rigen la navegación.

...

artículo cuarto

En las Comunidades Autónomas, cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquélla, en los términos de lo dispuesto en el artículo sexto de la presente ley".

SEGUNDO.- El punto de partida de mi exposición sobre el fondo trata de solventar la cuestión relativa a que, en principio, de forma expresa no aparece mencionada la Universidad entre los destinatarios de la norma.

Tal omisión, en principio, no representa inconveniente alguno pues tampoco se menciona a las Instituciones Forales y son múltiples las Sentencias del Tribunal Supremo que resuelven su inclusión, v gr la dictada el 2 de diciembre de 2008- recurso nº 1601/2006 . Es factible, por lo tanto, una interpretación integradora, sin que pueda valorarse el contenido de la norma como taxativo.

El hecho cierto de que esta Ley no mencione expresamente a la Universidad y que tampoco en otras normas que se mencionan en la Sentencia mayoritaria aparezca incluida como un elemento más de los que componen la Administración del Estado en sentido estricto no representa inconveniente alguno para mi criterio pues, de un lado, termino de decir que tampoco las Instituciones Forales aparecen mencionadas de forma expresa y no ha habido inconveniente alguno en efectuar una interpretación integradora de la norma que las incluye cuando podía haberse pensado que el silencio de la Ley al no incluirlas expresamente quizá obedeciera a que el Legislador estimase que, por respeto al régimen foral reconocido y tutelado por la Constitución, debían ser las propias normas de desarrollo de la realidad foral las que decidiesen en qué condiciones se utilizaría la Bandera si es que dichas Instituciones consideraban que debían ostentarla.

Y, en segundo lugar, las restantes normas que cita la Sentencia mayoritaria la mencionan como entidad diferente a la Administración del Estado, desde luego -como también lo son las Instituciones Forales y no se ha encontrado en ello impedimento alguno- pero esa mención aparte se justifica por varias razones, una que carece, la Universidad, de competencia en toda España y otra que está, sin perjuicio de su autonomía, bajo la superior inspección del Estado a través de la Administración Educativa, como vamos a desarrollar más abajo y por eso su encuadramiento sistemático es el que se menciona en la Sentencia.

Es con las características que terminamos de indicar, y esto no lo cuestionamos, una institución diferente, ahora bien, volvemos a insistir en que el debate consiste precisamente en eso, en si partiendo de que es una persona jurídica diferente puede o no asimilarse a los efectos de la ostentación de la Bandera a las entidades a las que la Ley del 81 menciona expresamente.



Mi criterio es que la Ley no es taxativa en sus destinatarios.

TERCERO.- Si la bandera representa como nos dice el art. 1 de la Ley los valores superiores expresados en la Constitución éstos, sin duda, son los recogidos en el art. 1.1: "la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Si acudimos a continuación al art. 3 de la Ley autonómica 3-2004 del Sistema Universitario Vasco podemos constatar que el Sistema Universitario Vasco, concebido como servicio público, tiene, entre otras funciones, la de promover idénticos valores.

La coincidencia entre los valores que representa la bandera y los que como entidad pública que presta el servicio público de la educación superior promueve la demandada considero que es razón suficiente para que, en una primera aproximación, la bandera deba ondear en el edificio que ostente la representación de la Universidad.

CUARTO.- Avanzando un poco más en la aproximación el art. 4 dispone la utilización de la bandera española en todos los edificios públicos civiles comprendidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, sin exclusión.

QUINTO.- Múltiples has sido las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha sentenciado que la bandera ha de ondear en los edificios de las Administraciones Públicas del Estado (por ejemplo las dictadas el 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2008 en los recursos nº 5828-2004 y 1601-2006, y 4 de noviembre de 2009-recurso nº 727/2006).

Por lo tanto si considerásemos que la Universidad Pública forma parte del concepto de Administración Pública la consecuencia subsiguiente sería la aplicación de las previsiones de la Ley del año 1981 a la misma.

El art. 3 utiliza una expresión amplia, en principio, omnicomprensiva: "todos los edificios y establecimientos de la Administración central, **institucional**, autonómica provincial o insular y municipal del Estado". Y el art. 4, ya lo hemos visto, participa de la misma amplitud "todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella [Comunidad Autónoma]".

Hemos subrayado que entre los entes destinatarios de la norma está la Administración Institucional por la trascendencia que, como vamos a ver, presenta para el asunto.

La Ley Orgánica 6-2001 de Universidades (arts. 1, 2, 3, 4, 6 y Disposición Adicional 23ª) permite definir a las Universidades como instituciones con personalidad jurídica de naturaleza pública en tanto que creadas por la Ley, sometidas al régimen jurídico público en tanto que son las normas estatales y autonómicas las que lo regulan, que desempeñan el servicio público de la educación superior y sujetas a la alta inspección del Estado.

Creo que su naturaleza normativa actual es por ello la de Administración Institucional.

Abunda en tal consideración de la Universidad como ente integrado en la Administración Pública que la Ley 6-1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en su Adicional 10ª establezca que las Universidades no transferidas se rigen por su norma propia y por ésta como supletoria.

Los funcionarios de las Universidades están sujetos al Estatuto Básico (art. 2 de la Ley 7-2007 y en su caso a la Ley autonómica 6-1989 de la Función Pública Vasca (art. 2 de esta norma).

Y, mutatis mutandis, pero con una valor interpretativo importante cabe añadir que la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 6-2001 conceptúa a la Universidad Menéndez Pelayo como organismo autónomo.

SEXTO.- En la jurisprudencia y doctrina constitucional, al ser examinada la naturaleza jurídica de la Universidad, encontramos elementos que confirman mi criterio, veamos.

6.1 En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001-recurso nº 5756/1997 se reconoce que desempeña funciones públicas si bien no se agotan en ella, en la Universidad, la totalidad de dichas funciones y califica su naturaleza con un tinte más administrativo que político.

6.2 En la Sentencia de 24 de mayo de 2005-recurso nº 2272/2000, tratando una Sentencia, esto también es importante, en la que la Audiencia Nacional consideraba que la Universidad presenta la naturaleza de Organismo Autónomo, el Tribunal Supremo hace un resumen de los distintos criterios que se habían venido utilizando para determinar la naturaleza jurídica y puede inferirse que la Sentencia considera que debe enmarcarse dentro de la Administración Instrumental

6.3 Para concluir, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 192-2012 dictada en el recurso nº 5822-2011 es decisiva puesto que nos dice el Tribunal que las funciones públicas, refiriéndose a las que desempeña un Rector de Universidad Pública, "son funciones desarrolladas en el ámbito de la Administración, entendida



esta expresión en un sentido lato, comprensivo de cualquier organización medial o servicial, y no constreñida sólo a sus manifestaciones personificadas (ATC 298/1996 (LA LEY 14808/1996), de 16 de octubre, FJ 3); sin que queden excluidos, entre otros ámbitos, el de los órganos constitucionales o de creación estatutaria y el poder judicial (así, las SSTC 198/1989 (LA LEY 1393-TC/1990), de 27 de noviembre; y 110/1991 (LA LEY 1729-TC/1991), de 20 de mayo, en relación con el acceso a la carrera judicial)."

Y continúa diciendo:

"estamos ya en condiciones de responder afirmativamente acerca de si el cargo de rector de una universidad pública implica el desempeño de una función pública incardinada en el ámbito de protección del art. 23.2 CE (LA LEY 2500/1978) .

Del cuadro normativo que configura este cargo académico se infiere, en primer lugar, que las universidades públicas se integran -a los efectos que aquí importan y sin perjuicio de la especificidad de su régimen jurídico- en el marco de las Administraciones públicas [art. 2.1 del estatuto básico del empleado público (LA LEY 3631/2007) en relación con el art. 6.4 de la Ley Orgánica 6/2001 (LA LEY 1724/2001), de universidades, la disposición adicional décima de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado , el art. 2.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LA LEY 3279/1992) y el art. 1.2 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa].

En segundo lugar, se trata de una función reservada a funcionarios públicos de carrera...".

La conclusión que alcanzo es que la Universidad debe considerarse equiparada a las Administraciones Públicas expresamente mencionadas en la Ley del 81 pues el estudio que efectúa el Tribunal Constitucional creo que permite constar que ambas comparten una naturaleza y unos fines sustancialmente próximos; a modo de resumen, orillando la función educativa en si misma considerada y con las notas de autonomía que singularizan su ejercicio, la naturaleza de la Universidad es la de una organización pública que presta un servicio público en régimen también de derecho público, sometida a la alta inspección del Estado y cuyos títulos, para ser oficiales, han de ser aprobados por la Administración Educativa.

Por todo ello el recurso de Apelación ha debido desestimarse.

Así lo pronuncia el Magistrado disidente D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ, en la Villa de Bilbao, a diecisiete de diciembre de dos mil catorce.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, así como el voto particular emitido por el Ilmo. Sr. Magistrado disidente, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.