Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 8 / 2 0 2 6

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 26 de marzo de 2026.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...) y (...), (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 47/2026 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La cuantía indemnizatoria reclamada por los interesados [151.347,03 €] determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP-.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la citada LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en lo sucesivo, LRJSP-; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 [BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015] de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva.

5.1. En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 642/2024, de 6 de noviembre [con cita, entre otros, de los Dictámenes anteriores 66/2020, de 3 de marzo, 449/2021, de 23 de septiembre y 504/2021, de 21 de octubre]:

««4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: "es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos".

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), " (...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditatis", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte "iure propio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa´ a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis"" (...) »».

A la luz de la jurisprudencia y doctrina anteriormente expuestas, se entiende cumplido el requisito de legitimación activa de la madre [(...)] y de los hermanos [(...), (...) y (...) (...)] de (...) para reclamar por derecho propio la indemnización de los daños morales derivados del óbito de su hijo y hermano, respectivamente [art. 4.1, letra a) LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. Esta legitimación activa no es

puesta en cuestión por la Administración Pública sanitaria, que la reconoce en la Propuesta de Resolución aquí examinada.

Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo *«sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: "vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida" (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).*

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a "parientes más allegados". Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar».

Por lo demás, los interesados actúan mediante representante, cuyo poder de actuación consta debidamente acreditado en el expediente [art. 5 LPACAP].

5.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, concretamente, al Servicio Canario de la Salud, organismo autónomo de dicha

Administración, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción [art. 67.1, párrafo primero de la LPACAP], toda vez que la reclamación se presenta el día 22 de enero de 2025 en relación con un hecho lesivo [óbito del Sr. (...)] que se produjo el día 8 de febrero de 2024.

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente [art. 21.1 y 6 LPACAP].

II

1. Los reclamantes promueven la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada a (...) durante su estancia en el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias -en lo sucesivo, HUC-.

Los perjudicados fundamentan su reclamación en los siguientes presupuestos fácticos:

«PRIMERO. Mis mandantes son respectivamente, la madre y los tres hermanos de (...), el cual falleció el 8 de febrero de 2.024, debido a la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada, por no habérsele practicado las pruebas médicas oportunas, desde que acudió por primera vez al servicio del Centro del Servicio Canario de la Salud, (...), el día 24 de enero de 2.023 hasta el 8 de noviembre de 2.023, en el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, lo que causó un injustificable retraso en el diagnóstico del Adenocarcinoma en recto que sufría, a sólo 4-5 cm. del margen anal, y que se extendió metastásicamente a otros órganos vitales, provocando su fallecimiento el citado 8 de febrero de 2.024. Se adjunta Certificado de Defunción (...), lo que supuso una manifiesta Pérdida de Oportunidad en la detección precoz de una patología tan grave que le costó la vida y consecuente ejecución urgente de los tratamientos indicados. El hecho descrito es consecuencia inmediata y directa del funcionamiento anormal de los servicios públicos, a pesar de contar con los medios diagnósticos necesarios, y que con absoluta desidia omitieron la utilización de los mismos, asistiendo mis representados con inmensa desesperación al gran sufrimiento y padecimiento

que soportó, el hijo y hermano, respectivamente, de mis mandantes, hasta que finalmente falleció. (...) .

SEGUNDO. De cuanto antecede se llega inequívocamente a la conclusión de que ha existido un mal funcionamiento del servicio sanitario público concretado en la no realización de las pruebas diagnósticas oportunas, en concreto, una COLONOSCOPIA Y POSTERIOR ESTUDIO DE ANATOMIA PATOLÓGICA (estudios éstos absolutamente ordinarios y perfectamente disponibles, tanto en la Sanidad Pública como en los Centros concertados por ésta), desde los primeros síntomas advertidos el mencionado 24 de enero de 2.023, en el Centro (...), cuando ya refirió el ahora fallecido, la detección de sangre después de sus deposiciones, hasta el 8 de noviembre de 2.023 {MAS DE NUEVE MESES DESPUÉS), cuando se le realiza finalmente la colonoscopia y el posterior estudio de Anatomía Patológica, en el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias.

TERCERO. Como resultado de ese funcionamiento anormal del Servicio Canario de la Salud, se les ha ocasionado respectivamente a los (...) reclamantes un daño evidente, existiendo una innegable y directa relación de causalidad entre dicha inacción de la administración y el fallecimiento de (...), hijo y hermano, respectivamente, de mis representados.

CUARTO. En concepto de responsabilidad patrimonial se reclama por cada uno de mis mandantes respectivamente, las cantidades indemnizatorias que se desglosan a continuación, por la incuestionable Pérdida de Oportunidad sufrida, por los daños morales, y perjuicios sufridos a causa del fallecimiento de (...), al no haber tenido opción a tratar la grave lesión que padeció y que causó su óbito, por falta de diagnóstico y consiguiente tratamiento».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, los reclamantes [madre y hermanos del paciente fallecido] plantean una pretensión indemnizatoria -en concepto de daños morales- cuyo monto total asciende a la cantidad de 151.347,03 € [95.750,16 € para la madre y 18.532,29 € para cada uno de los hermanos].

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones relevantes:

1. Mediante escrito con registro de entrada de 22 de enero de 2025, (...) y (...), (...) y (...) (...), madre y hermanos, respectivamente, de (...), interesan la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños causados, presuntamente, por el anormal funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia

sanitaria que le fue dispensada al Sr. (...) en el HUC y que derivó, finalmente, en el fallecimiento del paciente.

2. La reclamación patrimonial formulada por la madre y hermanos de (...) es admitida a trámite mediante Resolución administrativa de 11 de febrero de 2025, acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

La Resolución administrativa de admisión a trámite de la reclamación interpuesta consta notificada en debida forma a los interesados.

3. Con fecha 12 de febrero de 2025 se solicita al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud -en adelante, SIP-, la emisión de informe en relación con la asistencia sanitaria prestada al paciente. Informe que es evacuado el día 26 de mayo de 2025.

4. Con fecha 10 de junio de 2025 los interesados aportan informe médico pericial en el que se analiza *« (...) la asistencia médica gestionada por instancias del Servicio Canario de Salud desde el mes de enero 2023, hasta el fallecimiento del Informado el día 08/02/2024».*

5. Con fecha 14 de julio de 2025 se acuerda la apertura del periodo probatorio, admitiéndose las pruebas propuestas por los reclamantes.

Asimismo, y con idéntica fecha, se procede a la apertura del trámite de vista y audiencia, otorgando a los reclamantes un plazo de diez días a fin de que pudiesen formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimasen convenientes.

6. Con fecha 28 de julio de 2025 los reclamantes formulan escrito de alegaciones reiterando su derecho a la indemnización solicitada.

7. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo], al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico *ex* art. 20, letra j)

del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

8. Con fecha 4 de febrero de 2026 se emite Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud en la que se propone la estimación parcial de la reclamación planteada por los familiares de (...).

9. Mediante oficio con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 13 de febrero de 2026, se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias *ex* art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

IV

1. La responsabilidad de las Administraciones Públicas, en el ordenamiento jurídico español, tiene su base en el art. 106.2 del texto constitucional, al disponer que *«los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*.

La remisión que se contiene en el precepto constitucional nos conduce, actualmente, a la aplicación del capítulo IV del Título preliminar de la LRJSP, cuyo art. 32 señala que *«los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»*.

A partir de dicha regulación, la Jurisprudencia ha venido a establecer los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en una formulación, reiterada, que encontramos expuesta, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo -Sala 3.ª- de 5 de diciembre de 2014 [Sec. 6.ª, recurso n.º 1308/2012, STS 4942/2014, FJ 3]:

«la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC [cuya regulación es similar a la actual LRJSP]:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y

exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta».

Además, en el concreto ámbito de la asistencia sanitaria, los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración se recogen, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 [Sec. 4.ª, recurso n.º 4397/2010 STS 2494/2015, FJ 5], que se expresa del siguiente modo:

«En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (Sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013 que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la lex artis, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal».

Por tanto, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el criterio básico utilizado para hallarla es el de la contravención o cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de

resultados: la obligación del médico es prestar la debida asistencia sin que quepa exigírsele garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Por ello, la *lex artis*, constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes [SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras].

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es el que determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria [art. 34.1 LRJSP].

Finalmente, y como hemos reiterado en múltiples ocasiones [por todos, Dictamen 124/2024, de 12 de marzo], según el art. 32.1 LRJSP, constituye un requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos que el daño alegado sea efecto o consecuencia de dicho funcionamiento.

La carga de probar los hechos de los que se deduzca este nexo causal, su sustrato fáctico, incumbe al reclamante, tal como dispone la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -en adelante, LEC-, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, o de la presencia de causas de fuerza mayor o de la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria [art. 217.7 LEC] que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración

toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión [STS de 20 de noviembre de 2012].

2. Respecto a la figura jurídica de la *«pérdida de oportunidad»* hemos tenido ocasión de pronunciarnos, entre otros, en el reciente Dictamen 17/2026, de 21 de enero, manifestando cuanto se expone a continuación:

«Este Consejo Consultivo de Canarias se ha referido a la «pérdida de oportunidad», como concepto indemnizable, en los siguientes términos [Dictamen 525/2021, de 3 de noviembre de 2021]:

«En relación con la pérdida de oportunidad, desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada "pérdida de oportunidad" cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran determinadas circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño. La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. "La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada" (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación n.º 6676/2003). "En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable" (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación n.º 6280/2009). Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia "la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias" (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación n.º 1247/2014).

La STS de 21 de diciembre de 2015 o 16 de febrero de 2011 refieren que «basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa

afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que la paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias».

Asimismo, resultan especialmente relevantes las consideraciones jurídicas efectuadas por esta Institución consultiva en su Dictamen 537/2025, de 23 de diciembre de 2025:

«A la vista de la controversia jurídica suscitada sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad, en atención a las alegaciones que en trámite de audiencia realizan los reclamantes, al entender que la existencia de infracción a la lex artis excluye cualquier fórmula compensatoria por pérdida de oportunidad, procede realizar las siguientes aclaraciones sobre la misma, para un adecuado entendimiento de esta doctrina.

Se debe tener en cuenta que una de las cuestiones más complejas de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario es la llamada «pérdida de oportunidad» dada la incertidumbre que con frecuencia se genera en torno a cuál hubiera sido el curso de los acontecimientos de haberse llevado a cabo una atención más tempestiva y más ajustada a la lex artis por parte del centro sanitario.

Podemos afirmar que la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de acaecimiento de un hecho favorable, lo que en sí mismo es susceptible de comportar para quien la sufre un daño reparable si esta probabilidad rebasa un determinado umbral. Lo que la doctrina de la pérdida de oportunidad hace entonces es conceder relevancia indemnizatoria a dicha pérdida, reconociendo responsabilidad a quien, con su conducta, privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio.

Se plantea, por tanto, en el requisito del nexo causal, es decir, ante una ausencia de certeza de causalidad entre la acción u omisión y el daño final. Por ello se ha venido considerando que es la doctrina del "ni todo ni nada", pues respecto del nexo causal y frente a su planteamiento dual del "todo o nada" este criterio viene a introducir una mayor flexibilización, pues propugna aplicar un criterio de proporcionalidad y de equilibrio al distribuir el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la probabilidad de que fuera autor del menoscabo; y la víctima obtiene sólo una indemnización parcial acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho lesivo.

Es un caso paradigmático de curso causal no verificable o causalidad hipotética, es decir, se requiere incertidumbre causal y, en virtud de ella, se debe realizar un cálculo prospectivo de probabilidades en donde se infiera la oportunidad lesionada (que era con la que contaba el paciente al momento de producirse aquel déficit asistencial) así como que una buena praxis hubiera evitado el resultado final, de tal forma que tomando como punto de referencia ese probable resultado final se proceda al cálculo del quantum respondedatur a partir de los citados datos probabilísticos.

Por tanto, cuando consigue acreditarse que el anormal funcionamiento del servicio público fue la causa próxima y eficiente del daño ocasionado y que en caso de que el servicio público sanitario hubiera cumplido con los parámetros de actuación indicados no se hubiera producido el resultado final, en cuyo caso procederá indemnizar por tal resultado final y no simplemente por la pérdida de oportunidad de evitarlo.

Pero, es requisito previo insoslayable y fundamental la prueba de la mala praxis en la actuación del facultativo y su decisiva relevancia en la frustración de las probabilidades de mejora o curación del paciente, pues concurre pérdida de oportunidad, de vida o de curación, "cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación, de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación" (STS de 18 de julio de 201637) o cuando se "ha omitido una conducta terapéutica" (STS de 25 de mayo de 2016).

Por ello, demostrada la anormalidad del servicio (infracción de la lex artis) se requiere probar su trascendencia lesiva.

Por lo tanto, el hecho de que se haya producido una infracción de la lex artis no supone necesariamente que deba ser indemnizado por el resultado final, pues puede ocurrir que este resultado se hubiera producido de igual manera de haberse actuado de otra forma, por lo que ante esta incertidumbre causal entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad».

3. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo instruido y a la luz de los instrumentos de prueba que se encuentran incorporados a aquél, se entiende que concurren en el presente caso los presupuestos materiales y jurídicos que permiten afirmar la existencia de una pérdida de oportunidad resarcible, derivada del funcionamiento anormal del servicio público sanitario como consecuencia de la demora injustificada en la realización de una colonoscopia indicada tras la obtención de un test de sangre oculta en heces -en adelante, SOH-.

En efecto, consta en las actuaciones que el paciente acudió a su médico de atención primaria el día 24 de enero de 2023 por rectorragia, obteniéndose un test

de sangre oculta en heces [SOH] positivo el día 10 de febrero de 2023, con solicitud de colonoscopia preferente ese mismo día. Sin embargo, la colonoscopia no se practicó hasta el 7 de noviembre de 2023 [unos nueve meses después], diagnosticándose entonces una neoplasia rectal avanzada, estenosante y no franqueable a 4–5 cm del margen anal, que ya cursaba como estadio IV con metástasis, instaurándose únicamente tratamiento paliativo y sobreviniendo el óbito del paciente el día 8 de febrero de 2024. Tal secuencia asistencial evidencia un retraso diagnóstico relevante frente a los estándares clínicos y, por tanto, una vulneración de la *lex artis ad hoc* en la provisión de la prueba clave -colonoscopia-, cuya dilación privó al paciente de una probabilidad real y significativa de detección y tratamiento en fases potencialmente curables.

Esta conclusión se ve reforzada a través de lo manifestado por el Dr. (...) en su informe pericial de 4 de marzo de 2025, en donde califica la demora asistencial de *«flagrante pérdida de oportunidad terapéutica»* [*« (...) al habérsele negado la posibilidad de realizar el estudio indicado para el descarte y/o diagnóstico de su enfermedad y en su caso, estadío, en los plazos establecidos y reconocidos perfectamente en el ámbito médico-asistencial»*], recordando que, según las guías y la práctica aceptada, el intervalo prudente entre SOH positivo y colonoscopia no debería superar 1–2 meses, especialmente si concurren síntomas de alarma. En este caso la colonoscopia se realizó nueve meses más tarde y cuando el paciente ya presentaba anemia, síndrome constitucional, diarreas con nocturnidad y tenesmo, hallándose un adenocarcinoma rectal avanzado y limitándose las opciones a quimioterapia paliativa con una supervivencia de sólo tres meses desde el diagnóstico efectivo.

De igual modo, el SIP concluye que la demora prolongada [180 días] en la práctica de la prueba de referencia [en este caso, 9-10 meses] favorece biológicamente la progresión tumoral *« (...) hacia (un) estadio tumoral más avanzado: adenocarcinoma de recto estadio IV»*, estimando que en enero de 2023 el proceso tumoral ya existía, al menos, en estadio II–III, y que, de haberse actuado con la celeridad debida, las posibilidades de supervivencia habrían sido sustancialmente mayores [cuantifica la oportunidad perdida en un 60 % de un 75 % de supervivencia a 5 años en estadio II a un 15 % en estadio IV: *«Si partimos que en enero de 2023 el paciente se encontraba en estadio II (75%) y en el momento del diagnóstico en noviembre de 2023 en un estadio IV (15%), la pérdida de oportunidad es del 60%»*].

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias, sintetizada en el citado Dictamen 537/2025, de 23 de diciembre, establece que existe pérdida de oportunidad cuando, aun sin poder afirmarse con certeza que el

resultado final hubiera sido distinto, la actuación sanitaria priva al paciente de una probabilidad seria, real y consistente de obtener un mejor pronóstico, de evitar un daño mayor o de acceder a un tratamiento curativo. El daño indemnizable no es el resultado final [por ejemplo, el fallecimiento], sino la probabilidad frustrada de haber alcanzado un resultado clínico más favorable por falta de diligencia en la actuación asistencial. Esta doctrina exige la constatación de un déficit asistencial relevante, una probabilidad apreciable de mejora perdida y una relación causal hipotética, pero razonablemente fundada, entre la demora y el empeoramiento clínico, parámetros todos que concurren plenamente en este caso.

En la presente situación, la evidencia objetiva recogida en la historia clínica, el análisis de la evolución biológica del tumor y los informes técnicos permiten afirmar que el retraso injustificado en la realización de la colonoscopia privó al paciente de la oportunidad real de recibir un diagnóstico precoz y, con ello, un tratamiento con finalidad curativa o, al menos, con mayores probabilidades de prolongar su supervivencia y conservar su calidad de vida. De este modo, el funcionamiento anormal del servicio sanitario incidió directamente en la reducción o desaparición de un escenario terapéutico que, de haberse actuado conforme a la *lex artis*, habría estado disponible.

Por todo ello, puede concluirse que, en el presente caso, existió una pérdida de oportunidad en sentido estricto, entendida como la frustración de una probabilidad clínicamente relevante de obtener un mejor resultado asistencial, debida a la demora diagnóstica imputable al servicio público sanitario. El funcionamiento anormal del sistema sanitario público, evidenciado en la injustificada dilación de una colonoscopia solicitada con carácter preferente tras un SOH positivo, privó al paciente de la posibilidad real de acceder a un diagnóstico en fase potencialmente curable y, con ello, a un tratamiento con finalidad curativa o, al menos, de mejor pronóstico. Por lo que procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los reclamantes frente a la Administración sanitaria en concepto de *«pérdida de oportunidad»*.

4. La Propuesta de Resolución reconoce la existencia de una pérdida de oportunidad por el descrito retraso en la realización de la colonoscopia, con la consiguiente responsabilidad de la Administración derivada de ello; sin embargo, plantea la concurrencia de cierto grado de autoría del propio paciente en su

generación, pues considera que también existió cierta pasividad del reclamante al no advertir de tal retraso ni reclamar su pronta realización.

Este Consejo Consultivo no puede admitir tal imputación de responsabilidad compartida en el reclamante.

Para fundar su conclusión sobre la existencia de concausa, la Propuesta de Resolución se apoya en el informe del SIP de 26 de mayo de 2025, que indica:

« (...) la participación del paciente ante el agravamiento, persistencia o aparición de nuevos síntomas es fundamental para un buen manejo de cualquier proceso patológico. El paciente debe informar al médico de cualquier cambio o empeoramiento de su condición.

En este caso, desde febrero de 2023 hasta el 19 de octubre de 2023, no fue solicitado al servicio sanitario otra atención, ni al médico de familia ni a un servicio de urgencias. Ello pudo contribuir al retraso diagnóstico. Si el paciente no informa de los cambios en sus síntomas, el médico no está al tanto de la verdadera situación a fin de acelerar o no la obtención de un diagnóstico y tratamiento. Esto tiene una indudable influencia en el resultado final, si bien, en modo alguno excluye la responsabilidad del SCS en los hechos, la propia conducta del paciente permite modular los daños causados. Estaríamos hablando, por tanto, de una responsabilidad compartida (...) ».

Alega el SIP que el retraso en el diagnóstico pudo provenir de la pasividad del paciente; pero ha de señalarse que propiamente el retraso en el diagnóstico provino de la no realización de una prueba (la colonoscopia) solicitada con carácter preferente. No cabe sostener, como plantea la Propuesta de Resolución, que la respuesta a la urgencia en la realización de tal prueba requiriera de un impulso por parte del paciente, pues la misma provenía del resultado positivo de la previa prueba de sangre en heces (SOH positivo). Tampoco necesitaba de la progresión de síntomas: con o sin dolor abdominal, expresamente manifestado o no por el paciente, la urgencia en la realización de la colonoscopia mantuvo siempre su imperiosidad, su necesidad apremiante por sí misma, tan sólo a partir del resultado positivo de la prueba de sangre en heces.

Además, a lo antedicho cabe añadir que, según refleja la Historia Clínica, a los tres meses (visita del 24 de mayo de 2023) de haber sido prescrita la colonoscopia el paciente acudió de nuevo a consulta de su médico de familia, el mismo facultativo que la solicitó, sin que conste que éste se hubiere interesado por su efectiva realización o por su resultado; menos aún que, advertido el retraso, la reiterara con carácter urgente.

Atendiendo a todo ello, no puede admitirse la existencia de corresponsabilidad alguna del paciente en el retraso en la realización de la tan mencionada prueba

5. Una vez apreciada la pérdida de oportunidad atribuible en exclusiva a la Administración, procede abordar la determinación del *quantum* indemnizatorio que corresponde reconocer a los reclamantes.

A este respecto, se ha de indicar -con cita del Dictamen 127/2023, de 30 de marzo de 2023, de este Consejo Consultivo de Canarias-, que *«la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla «no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación» (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación n.º 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. casación n.º 4981/2011). Por ello, procederá atenerse «prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja sustancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad» (STSJ de Galicia, de 16 enero 2013, rec. apelación n.º 7126/2012). En esta línea, este Consejo (v.g. Dictámenes 450/2017, 287/2017), en casos de valoración económica de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10% y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido baremo por la totalidad de los daños».*

Asimismo, resulta oportuno aclarar que, «cuando de pérdida de oportunidad se refiere, el hecho de operar en el terreno de la hipótesis no justifica que la oportunidad perdida deba evaluarse como daño moral, sino que es un concepto asimilable al mismo. La oportunidad perdida es un valor en sí mismo, constituye un perjuicio actual y cierto, aunque se precise de una operación intelectiva para alcanzar su concreta determinación, es decir, un juicio de pronóstico sobre el resultado que hubiera sido esperable y que valore con qué probabilidades se contaban de no haber mediado el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario. El daño objeto de resarcimiento es precisamente la oportunidad que se ha perdido y no el resultado final producido.

Debe ser apreciado mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración

probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado que se presenta como incierto.

El porcentaje de probabilidad en que se concrete la oportunidad perdida puede proyectarse a los daños físicos, daños emergentes, lucros cesantes, a cualquier otro gasto generado e imputable a la Administración y también por supuesto, en su caso, al daño moral.

Es decir, al tratarse de un régimen de imputación probabilístico o de probabilidad causal, para determinar las posibilidades de que un tratamiento médico conforme a la lex artis ad hoc hubiera evitado el menoscabo se ha evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de la fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad.

Una vez alcanzado el porcentaje al que asciende la pérdida de oportunidad deberá proyectarse sobre todos aquellos daños generados, pues no de otro modo se daría cumplimiento al principio de reparación integral del daño e indemnidad de la víctima» [Dictamen 537/2025, de 23 de diciembre de 2025].

Aplicando la doctrina expuesta en las líneas precedentes al caso ahora analizado, se ha de concluir que la cuantía indemnizatoria propuesta por la Administración, salvo la deducción por concausa que en nuestra opinión no procede, se ajusta plenamente a los parámetros legales y doctrinales que rigen la responsabilidad patrimonial por pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario.

En el caso concreto, el retraso en la realización de la colonoscopia —prueba indicada desde el 10 de febrero de 2023— constituye un funcionamiento anormal del servicio que privó al paciente de una expectativa razonable de diagnóstico y tratamiento más precoz. Sin embargo, dicho daño no puede identificarse con el resultado final -fallecimiento-, sino con la merma de probabilidades de supervivencia asociada a la progresión tumoral evidenciada entre enero y noviembre de 2023. Así lo declara expresamente el informe del SIP, que fija la pérdida de oportunidad en un 60 % sobre la base de las tasas de supervivencia por estadios del cáncer de recto y la evolución clínica documentada en el expediente.

Sobre esta base, la aplicación del porcentaje 60 % sobre la valoración económica total del daño constituye un criterio jurídicamente razonable, proporcional y conforme a la doctrina de este Consejo Consultivo de Canarias.

Por otra parte, y en lo que respecta a la individualización de las cuantías indemnizatorias a reconocer a cada uno de los perjudicados, cabe señalar que la Administración sanitaria no cuestiona el importe reclamado por los interesados, asumiendo como correctas y ajustadas a Derecho las cantidades determinadas por aquéllos en su escrito de reclamación -y resultantes de la aplicación del baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico regulado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre-: 95.750,16 € para la madre y 18.532,29 € para cada hermano.

En fin, la Propuesta de Resolución, que plantea repartir la responsabilidad por la pérdida de oportunidad entre la Administración y los perjudicados resulta contraria a Derecho, pues aquélla debe ser imputada en exclusiva a ésta, correspondiendo a los reclamantes una indemnización en la cuantía resultante de aplicar un 60 % a las cantidades reclamadas, con el reparto porcentual entre ellos que proponen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución resulta conforme a Derecho en cuanto reconoce la existencia de pérdida de oportunidad del hijo y hermano de los reclamantes por el retraso en la realización de una prueba prescrita como preferente; pero se estima disconforme en cuanto reparte la responsabilidad entre la Administración y el propio paciente, pues la misma ha de corresponder en exclusiva a ésta. En atención a los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen, procede reconocer a los reclamantes el derecho a una indemnización en la cuantía correspondiente al 60 % de las cantidades reclamadas, con el reparto porcentual entre ellos que proponen.