REVUE

2025/3

DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

COMPTRASEC - UMR 5114 - CNRS - UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

Colombie

KÉVIN HARTMANN-CORTÉS
Docteur en Sciences juridiques, UCLouvain, Chercheur associé, Instituut voor Sociaal Recht (ISP) KULeuven

CONCURRENCE DES RÉGIMES DE RETRAITE, DEVOIR D'INFORMATION ET RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS DE FONDS DE PENSION EN COLOMBIE

Comment peut-on vraiment choisir librement entre différents régimes de retraite quand l'information reçue est incomplète ou biaisée ? Cette question traverse l'évolution récente de la jurisprudence colombienne, dans un contexte où la concurrence entre le régime public et les fonds privés place les affiliés face à des arbitrages complexes. L'arrêt SL1622-2025[1] de la Cour Suprême colombienne (Chambre sociale) s'inscrit dans cette évolution. Il précise les obligations des administrateurs de fonds de pension et les conditions dans lesquelles leur responsabilité peut être engagée en cas de manquement au devoir d'information.

Depuis la Loi 100 de 1993, la Colombie s'est dotée d'un système de retraite dit « parallèle », composé de deux régimes qui coexistent. D'un côté, le régime public de « *prima media* » (RPMPD), géré par les *Colpensiones*, fonctionne sur un modèle de répartition à prestations définies. De l'autre, le régime privé d'épargne individuelle (RAIS) repose sur des comptes de capitalisation individuelle administrés par des *Administradoras de Fondos de Pensiones* (AFP), institutions financières privées. Ce modèle vise à instaurer une logique de concurrence, en permettant à chaque affilié de choisir son régime en fonction de ses intérêts.

La Loi 100 prévoit que le choix de l'un ou l'autre des régimes est libre et volontaire de la part de l'affilié, ce qui implique un droit à une information complète et transparente sur les conséquences du choix effectué, notamment en matière de règles de cotisation et de calcul des pensions.

Historiquement, la loi autorise la mobilité entre les régimes. Les affiliés peuvent changer de régime tous les cinq ans. Cependant, cette liberté est soumise à certaines conditions. Notamment, un affilié ne peut plus changer de régime s'il lui reste dix ans ou moins avant l'âge légal de la retraite. Cette « barrière des dix ans » vise à prévenir les transferts opportunistes à l'approche de la retraite, mais elle fait débat quant à son équité, puisqu'elle enferme les assurés dans leur régime final dès qu'ils atteignent ce seuil.

En pratique, un homme ne peut plus changer de régime à partir de 52 ans et une femme à partir de 47 ans, compte tenu des âges légaux de retraite (62 ans pour les hommes, 57 ans pour les femmes).

1 MP. Ivan Mauricio Lenis, rendu le 30 avril 2025.

Dans ce contexte, la Cour suprême, dans l'arrêt SL1622-2025, confirme l'existence d'un devoir d'information renforcé à la charge des administrateurs des fonds de pension. Elle en précise les contours, notamment en matière de responsabilité en cas de conseil trompeur, d'information incomplète ou de silence fautif. L'affilié, en tant qu'usager d'un service public, bénéficie d'une protection particulière. La jurisprudence reconnaît désormais que le choix de régime n'est réellement libre que s'il est éclairé.

Cette contribution revient sur le cadre normatif du système de retraite colombien **(I)**, retrace les principales étapes de la jurisprudence antérieure en matière d'inefficacité du transfert et d'indemnisation du préjudice **(II)**, puis analyse en détail l'apport de la décision SL1622-2025 **(III)**. Elle vise ainsi à montrer comment, dans un système concurrentiel, le juge est amené à encadrer les pratiques d'information afin de garantir l'effectivité du droit à la retraite.

I - OBLIGATIONS D'INFORMATION DES ADMINISTRATEURS DE RÉGIMES ET ENJEUX DU MANQUEMENT

Dès l'origine du système dual, le législateur et le régulateur financier ont imposé aux administrateurs de pension des devoirs de renseignement et de conseil envers les affiliés. Les *Colpensiones*, tout comme les AFP, doivent agir avec diligence, expertise et transparence, en faisant prévaloir l'intérêt des affiliés, conformément aux principes de bonne foi et de loyauté. Cette exigence se traduit par un devoir légal d'information à chaque étape de la relation avec l'affilié.

Concrètement, lors du transfert d'un régime à l'autre, par exemple dans le cas de transfert du régime public vers le régime privé, fréquent dans les années 1990, l'AFP sollicitant l'affiliation doit fournir une information claire, complète, véridique et compréhensible sur les conséquences du changement. Il s'agit notamment de comparer les droits à pension attendus dans chaque régime, pour permettre à l'affilié de déterminer quel choix sert le mieux ses intérêts compte tenu de sa carrière et de ses cotisations.

Dès 1993, l'obligation d'information figurait dans le Statut organique du système financier et a été réaffirmée et détaillée au fil du temps. Des lois ultérieures (par ex., la Loi 795 de 2003 ou la Loi 1328 de 2009) et leur réglementation d'application (Décret 2555 de 2010) ont renforcé et précisé ce devoir, instaurant par exemple l'obligation de « double conseil » (*doble asesoría*) avant tout changement de régime. Ainsi, depuis 2015, un affilié désireux de changer de régime doit recevoir de la part de chaque régime (*Colpensiones* et AFP) une simulation comparative de la pension future dans les deux systèmes, afin qu'il puisse prendre une décision pleinement éclairée.

Le manquement à ces obligations d'information a des conséquences. La jurisprudence colombienne qualifie le défaut d'information d'acte illicite fautif de l'administrateur, portant atteinte au droit de l'affilié à un choix libre. En raison de l'asymétrie d'information et de compétence entre les gestionnaires publics et privés et l'affilié moyen (ce dernier étant souvent désarmé face à la

complexité du système), la charge de garantir une décision éclairée repose sur l'administrateur.

Les AFP se voient ainsi imposer un standard élevé de diligence et courent le risque d'une mise en responsabilité en cas de négligence ou de conseil insuffisant. Il suffit d'une faute légère de l'AFP (*culpa leve* ou manque de diligence ordinaire) pour engager sa responsabilité envers l'affilié. Ce régime de responsabilité dispose que les AFP sont responsables des préjudices causés par les erreurs ou omissions de leurs agents de promotion dans l'information aux affiliés. En clair, si un conseiller ou agent recruteur de l'AFP fournit une information trompeuse ou incomplète et que cela lèse l'affilié, le fonds privé répondra directement du préjudice causé.

Les conséquences du manquement sont de deux ordres : d'une part, l'inefficacité (et non la nullité) du transfert de régime vicié par l'absence d'information ; d'autre part, la réparation pécuniaire du dommage subi par l'affilié mal informé. Ces deux voies de recours se sont développées progressivement dans la jurisprudence.

II - HISTORIQUE JURISPRUDENTIEL DES TRANSFERTS ENTRE RÉGIMES : DE L'INEFFICACITÉ DU TRANSFERT À L'INDEMNISATION

Face à des cas concrets d'affiliés ayant changé de régime sur la base d'informations inexactes ou incomplètes, les tribunaux colombiens ont progressivement construit une jurisprudence pour protéger ces derniers. Au début, la voie de recours consistait à demander l'annulation du transfert de régime (déclarer l'inefficacité de l'affiliation au nouveau régime), de sorte à réintégrer l'affilié dans son régime d'origine, comme si le changement n'avait jamais eu lieu.

Vers 2008, dans l'arrêt SL31989/2008, la Cour suprême (Chambre du droit social) a reconnu l'inefficacité du transfert d'un affilié mal informé, en s'appuyant sur l'article 13 de la Loi 100 et sur le principe que le choix « libre et volontaire » de régime présuppose un consentement éclairé.

Par la suite, en 2017 et 2019, la Cour a précisé le standard du devoir d'information et rappelé que toute information tardive est inutile et assimilable à un défaut pur et simple d'information. La Cour y a aussi affirmé que c'est à l'AFP de prouver qu'elle a correctement informé l'affilié lors du changement de régime, renversant en pratique la charge de la preuve au bénéfice de l'assuré. Cette évolution jurisprudentielle a solidifié le droit des affiliés : un transfert fondé sur un consentement vicié par manque d'information doit être annulé, l'assuré étant réaffilié rétroactivement au régime initial comme s'il n'avait jamais quitté celui-ci.

Cependant, cette solution de réintégration n'est envisageable que pour les personnes qui sont encore en phase d'accumulation (c'est-à-dire tant qu'elles sont « affiliées » actives et non encore pensionnées). Or, nombre de cotisants ne découvrent qu'au moment de partir à la retraite qu'ils auraient eu une pension plus élevée dans l'autre régime. La même Cour avait indiqué en 2021, dans l'arrêt SL373-2021, que si l'assuré a déjà liquidé sa pension auprès du fonds privé (RAIS) ou de *Colpensiones*, il acquiert le statut de pensionné, et le retour en arrière devient juridiquement problématique. En effet, le statut

de pensionné est considéré comme une situation juridique consolidée : on ne peut annuler rétroactivement l'affiliation sans affecter des droits déjà en cours de jouissance. La Cour interdit d'ailleurs aux pensionnés de changer de régime ou même d'administrateur.

Consciente de cette impasse pour les pensionnés lésés par la faute des AFP, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence en ouvrant la voie de la réparation indemnitaire. Elle a reconnu que l'impossibilité pratique d'annuler un transfert pour un affilié déjà pensionné n'exclut pas le droit à indemnisation. La Cour y souligne que si l'intéressé a subi un préjudice du fait du manquement de diligence de l'AFP, ce préjudice doit être réparé selon le principe général « qui cause un dommage par sa faute doit le réparer » (art. 2341 du Code civil). En d'autres termes, l'AFP fautive ne peut s'exonérer en arguant qu'il est trop tard pour annuler le transfert : elle répond alors en dommages-intérêts du manque à gagner subi par le pensionné.

Cette solution a offert un espoir aux retraités du RAIS s'estimant floués : même s'ils ne peuvent être retransférés dans le régime public, ils peuvent réclamer une compensation financière équivalente à la différence de pension. Par la suite, d'autres arrêts (tels que le CSJ SL3871-2021 et le CSJ SL1637-2022) ont confirmé cette orientation, consolidant une véritable protection des affiliés mal informés. La Cour s'est ainsi érigée en régulateur du système concurrentiel de pensions, comblant un vide juridique au nom de l'équité et de la protection du droit à la sécurité sociale.

La logique de l'indemnisation repose sur l'évaluation du préjudice concret. Le dommage subi par l'affilié trompé consiste principalement en la perte de la meilleure pension à laquelle il aurait pu prétendre. La victime peut réclamer le manque à gagner (*lucro cesante*) sur le montant de la pension qu'elle touche effectivement, calculé sur la durée prévue de perception. Certains auteurs ont évoqué qu'il s'agit d'une véritable perte de chance : ce qui est réparé, c'est la probabilité raisonnable perdue d'obtenir une pension plus avantageuse. Quoi qu'il en soit, la réparation vise à replacer l'intéressé dans la situation patrimoniale où il se serait trouvé s'il avait reçu l'information et pris la décision optimale.

III - LA DÉCISION SL1622-2025 : PRÉCISIONS SUR LA RESPONSABILITÉ DES AFP ET LES LIMITES DE LA RÉPARATION

L'arrêt SL1622-2025 s'inscrit ainsi dans la continuité d'une jurisprudence qui affirme le devoir d'information pesant sur les gestionnaires de pension. Il en précise toutefois les limites, en particulier sur la question du lien de causalité entre le manquement initial et le dommage subi par l'affilié. Cette décision se distingue par sa prise en compte du comportement ultérieur de l'affiliée, qui, informée tardivement de la portée de son transfert, a tout de même accepté une pension défavorable. Le raisonnement de la Cour repose sur l'idée que l'information, même transmise après coup, peut interrompre les effets du manquement initial si elle permet à l'affilié d'éviter ou d'atténuer le dommage.

L'affaire concerne une affiliée, Mme Martha Janeth Gómez G., qui avait changé de régime en 2001 pour rejoindre le RAIS, sur la base d'un discours alarmiste

de l'*AFP Protección S.A*. Le transfert avait été effectué sans remise de projection comparative ni d'analyse personnalisée. L'agent de l'AFP s'était limité à insister sur la supposée disparition imminente du régime public, sans fournir les éléments requis pour un choix éclairé. Ce défaut d'information, constant et non contesté, constitue une faute selon les normes en vigueur. La Cour rappelle ici sa position établie : une affiliation résultant d'un manquement au devoir de conseil ne permet pas de considérer que l'assuré a consenti librement à son transfert. Le dommage est identifié dans la différence entre la pension effectivement obtenue dans le RAIS (pension minimale de 781 242 COP) et celle à laquelle elle aurait pu prétendre dans le régime public, trois fois supérieure (environ 2 185 000 COP). Le lien entre la faute et le préjudice paraît alors évident.

La particularité de cette affaire tient au fait que, bien que l'information comparative lui ait finalement été communiquée en 2018, Mme Gómez a poursuivi les démarches auprès de l'AFP et a commencé à percevoir sa pension dans le RAIS à partir de mai 2019. À cette date, elle acquiert le statut de pensionnée, ce qui rend juridiquement irréversible son rattachement au régime privé. Pour la Cour, cette décision volontaire constitue un élément nouveau qui modifie l'analyse de la responsabilité. Elle estime que la demanderesse, en connaissance de l'écart entre les régimes, avait encore la possibilité d'agir pour faire valoir ses droits dans le régime public, notamment en poursuivant une action en justice. En choisissant d'accepter la prestation minimale, elle a confirmé une situation qu'elle aurait pu encore contester. Ce raisonnement conduit la Cour à considérer que le lien de causalité entre la faute initiale de l'AFP et le dommage final est rompu. Le comportement de l'affiliée est analysé comme un fait de la victime, susceptible d'exonérer partiellement ou totalement l'AFP. La responsabilité de l'administrateur ne disparaît pas, mais elle ne peut plus être engagée pour l'intégralité du préjudice. La Cour précise que le manquement initial reste établi et que l'information tardive ne le corrige pas, mais que celle-ci crée une nouvelle situation. Si l'affilié, informé des conséquences de son transfert, valide malgré tout une prestation désavantageuse, il ne peut ensuite imputer l'ensemble du dommage à l'administrateur.

Cette position suscite malgré tout des interrogations. L'affiliée, âgée de 57 ans en 2019, ne pouvait plus revenir au régime public par la voie classique, en raison de la règle des dix ans. L'action judiciaire restait incertaine et pouvait exiger des délais incompatibles avec un besoin immédiat de revenus. Le choix de percevoir la pension minimale peut donc apparaître comme une solution par défaut, dictée par la contrainte plutôt que par une réelle liberté de décision. La Cour semble toutefois estimer que la possibilité d'agir en nullité, même difficile, suffisait à maintenir ouverte une voie alternative. En activant sa pension, l'affiliée a renoncé à cette voie et consolidé sa situation juridique, ce qui a pour effet de rompre le lien de causalité.

L'apport central de l'arrêt SL1622-2025 réside ainsi dans la précision qu'il apporte au régime de responsabilité des AFP. La faute fondée sur le défaut d'information reste sanctionnable, et le préjudice patrimonial constitué par la perte de droits de retraite demeure réparable. Mais l'indemnisation dépend désormais d'une analyse globale, intégrant non seulement le manquement

initial, mais aussi le comportement de l'affilié une fois qu'il a reçu les informations pertinentes. Si ce dernier, bien qu'informé, agit de manière à rendre irréversible sa situation défavorable, la responsabilité de l'AFP peut être atténuée, voire écartée. La décision souligne ainsi l'importance, pour l'affilié, de ne pas valider une situation qu'il entend contester, même s'il découvre tardivement l'irrégularité dont il a été victime.